



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Scuola di Dottorato in Scienze giuridiche

Dipartimento di Diritto pubblico, processuale civile, internazionale ed europeo

Curriculum in Diritto dell'Unione europea, XXV ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

Servizi di interesse economico generale
e diritto della concorrenza nell'Unione europea

Elisabetta Botti

Matr. n. R08584

Relatori: Chiar.mo Prof. Bruno Nascimbene

Chiar.ma Prof.ssa Angela Lupone

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Marco Pedrazzi

A.A. 2011/2012

A Lorenzo

Indice

Capitolo Primo

Il bilanciamento tra libero mercato ed intervento pubblico

nell'economia: l'art. 106 del TFUE

1. CENNI INTRODUTTIVI: LE DIVERSE FORME DI INTERVENTO (DIRETTO O INDIRETTO) DELLO STATO NELL'ECONOMIA E IL CONTROLLO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	9
2. I SERVIZI PUBBLICI TRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.....	14
3. L'ART. 106 DEL TFUE.....	17
4. L'ART. 106, PARAGRAFO 1, TFUE.....	18
4.1 Le imprese pubbliche	20
4.2. Le imprese titolari di diritti speciali o esclusivi	27
4.3. Misure statali e violazione dei Trattati: l'evoluzione interpretativa dell'art. 106, paragrafo 1 TFUE	31
4.4.1. <i>I rapporti tra i diritti speciali ed esclusivi e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante (art. 102 TFUE).</i>	36
4.4.2. <i>(Segue) – La violazione del combinato disposto degli artt. 106, paragrafo 1 e 102 TFUE: alcune fattispecie tipiche</i>	40
5. L'art. 106, paragrafo 2 TFUE: le imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale	46
5.1. Le condizioni di applicazione dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE.....	49
5.1.1. <i>Impresa</i>	49
5.1.2. <i>Atto di incarico</i>	50
5.1.4. <i>Ostacolo alla missione di interesse pubblico affidata all'impresa</i>	60
5.1.5. <i>Il pregiudizio agli scambi nell'Unione</i>	61
5.2. L'efficacia diretta dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE.....	63
6. L'ART. 106, PARAGRAFO 3, TFUE ED I POTERI DI VIGILANZA ATTRIBUITI ALLA COMMISSIONE EUROPEA	67

Capitolo Secondo

Il finanziamento pubblico dei Servizi di interesse economico generale e la sua compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato

1 – INTRODUZIONE ED INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA. LA QUESTIONE DEL FINANZIAMENTO PUBBLICO DEI SIEG NELLA PRIMA FASE DELL’INTEGRAZIONE EUROPEA.	72
2. L’APPROCCIO “COMPENSATIVO” E L’APPROCCIO “AIUTO DI STATO” A CONFRONTO. I CASI <i>FERRING</i> E <i>LA POSTE</i>	77
3- IL CASO <i>ALTMARK</i> E LA DEFINITIVA ADOZIONE DI UN APPROCCIO “INTERMEDIO” DA PARTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA.....	81
4 – ALCUNE CRITICITÀ NELLE QUATTRO CONDIZIONI DI <i>ALTMARK</i> . I SIEG DI STAMPO SOCIALE ED IL CASO <i>BUPA</i>	84
5- IL QUADRO NORMATIVO PER VALUTARE LA COMPATIBILITÀ DEGLI AIUTI DI STATO SOTTO FORMA DI COMPENSAZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO (CENNI).	89
5.1. Il Pacchetto <i>post-Almark</i> della Commissione europea.....	89
5.2. La riforma del pacchetto Monti e l’adozione di una nuova serie di atti per la valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato ai SIEG.....	93
6- ALCUNE OSSERVAZIONI DI CARATTERE GENERALE SUL NUOVO PACCHETTO ALMUNIA	99
7 – OSSERVAZIONI SU SPECIFICI ASPETTI DEL PACCHETTO ALMUNIA CHE PRESENTANO PROFILI DI MAGGIORE COMPLESSITÀ O INNOVATIVITÀ.....	102
7.1. Le definizioni e le chiarificazioni delle regole relative agli aiuti di Stato ai SIEG.	103
7.2. Il ruolo della procedura di gara ad evidenza pubblica nella valutazione dei finanziamenti pubblici agli operatori incaricati di un SIEG	105
7.2.2. Gare ad evidenza pubblica e compatibilità del finanziamento ex art. 106, paragrafo 2 TFUE	109
7.3. Il calcolo del quantum della compensazione	115
7.3.1.. I “costi effettivi”. Il ruolo dell’“efficienza” e della “qualità” del servizio nel calcolo della compensazione	117
7.3.2. I “costi netti”	121
7.3.3. Il “margine di utile ragionevole”	124
7.4. Assegnazione dei costi e sovvenzioni incrociate	126

Capitolo Terzo

Oltre la concorrenza ed il mercato: Servizi di interesse economico generale e diritti dei cittadini-utenti nel diritto primario da Amsterdam a Lisbona

1. IL MUTAMENTO DI PROSPETTIVA IN MATERIA DI SIEG: DALLE ESIGENZE DEL MERCATO AI DIRITTI DEI CITTADINI-UTENTI	131
2. LA NORMATIVA PRIMARIA DAL TRATTATO DI AMSTERDAM AL TRATTATO DI LISBONA.....	134
2.1. L'art. 16 TCE e la "funzione sociale" dei SIEG.....	134
2.1.1. <i>La genesi dell'art. 16 TCE</i>	135
2.1.2. <i>La portata dell'art. 16 TCE</i>	138
2.2. L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.....	141
2.3. Il Trattato di Lisbona ed i SIEG.....	144
2.3.1. <i>L'art. 14 del TFUE</i>	146
2.3.2. <i>(Segue) La portata dell'art. 14 TFUE</i>	149
2.3.3. <i>Il Protocollo n. 26 sui Servizi di interesse economico generale</i>	153
2.3.4. <i>Il "nuovo" valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea</i>	155
2.4. I SIEG ed il Trattato di Lisbona: alcune conclusioni	159
3. I SIEG QUALE "DEROGA" ED OBBLIGO "POSITIVO"	160
4. IL DIBATTITO SULL'OPPORTUNITÀ DI ADOTTARE UNA DIRETTIVA DELL'UNIONE A PORTATA GENERALE IN MATERIA DI SERVIZI DI INTERESE ECONOMICO GENERALE (CENNI).....	165

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

Il tema dei servizi di interesse economico generale è da tempo oggetto di dibattito e discussione nel diritto dell'Unione europea. Le recenti modifiche ai Trattati introdotte con il Trattato di Lisbona ed il nuovo pacchetto normativo adottato dalla Commissione nel corso dell'anno 2012 hanno fornito nuovi spunti di discussione a questo dibattito.

I servizi di interesse economico generale rappresentano un punto di incontro e di equilibrio tra la libertà degli Stati di intervenire nell'economia, da un lato, e l'interesse dell'Unione europea al rispetto di una concorrenza libera e non falsata, dall'altro. L'organizzazione dei servizi pubblici resta infatti una prerogativa degli Stati membri e delle collettività locali. Ciononostante, essa rileva del diritto dell'Unione nella misura in cui determinate imprese incaricate dello svolgimento di un servizio pubblico beneficiano di diritti speciali o esclusivi o di finanziamenti che le pongono in una posizione più favorevole rispetto ad altre imprese concorrenti che svolgono la stessa attività nel mercato. La linea di demarcazione tra queste due diverse esigenze è stata tracciata da fonti normative primarie e secondarie e specificata nel tempo dalla giurisprudenza. L'analisi del rapporto tra servizi pubblici e concorrenza si colloca quindi nella più ampia prospettiva della corretta distribuzione delle competenze di Stati membri ed Unione europea, della definizione dei rispettivi confini e della risoluzione delle problematiche istituzionali sottese. L'intervento dell'Unione nelle politiche redistributive e di *welfare* nazionali, infatti, è carico di implicazioni non solo giuridiche, ma anche politiche ed istituzionali.

Obiettivo del presente lavoro è capire se e in che misura la disciplina dei servizi di interesse generale, e più nello specifico, quella dei servizi di interesse economico generale, costituisca una “zona franca” per gli Stati membri dall'applicazione delle norme europee in materia di concorrenza ed aiuti di Stato, e quali siano i possibili sviluppi futuri.

Ci si interrogherà inoltre sulla questione se, alla luce dell'evoluzione dei sistemi di *welfare* nazionali – in cui il confine tra pubblico e privato è divenuto sempre meno netto e distinto - vi sia spazio, anche all'interno del diritto dell'Unione, per un approccio che non sia più meramente incentrato sulla concorrenza ed il mercato. Sembra infatti che le spinte liberalizzatrici volute dall'Unione nell'ambito di alcuni servizi di interesse economico generale, con il conseguente ingresso di una pluralità di operatori in settori prima riservati a monopolisti pubblici, abbiano fatto emergere l'esigenza di regolare anche aspetti meta-economici, relativi ad esempio ai diritti dei cittadini-utenti che usufruiscono dei servizi, o aspetti legati alla tutela ambientale.

L'analisi è strutturata in tre parti principali. Nel primo capitolo, dopo un'introduzione sulle diverse forme di intervento dello Stato nell'economia, sarà analizzato l'art. 106 del TFUE: saranno dapprima analizzate le nozioni di diritti speciali ed esclusivi ed il rapporto con le norme in materia di concorrenza, in particolare con l'art. 102 TFUE che vieta lo sfruttamento abusivo di posizione dominante. Sarà inoltre presa in esame la nozione di servizio di interesse economico generale, come progressivamente definita dalle pronunce della Corte di giustizia.

Nel secondo capitolo si prenderà in esame il rapporto tra i finanziamenti pubblici – spesso erogati dagli Stati membri agli operatori che gestiscono un servizio di interesse economico generale - e la disciplina dell'Unione in materia di aiuti di Stato. In particolare, verranno esaminate congiuntamente la giurisprudenza della Corte e la prassi decisionale della Commissione che hanno delineato le condizioni di esistenza e compatibilità degli aiuti in questi casi. Oggetto di analisi saranno anche le recenti modifiche normative, adottate dalla Commissione nel 2012, con cui sono stati riformati i criteri di analisi dei finanziamenti statali agli operatori incaricati di un servizio di interesse economico generale.

Infine, nel terzo capitolo saranno esaminate le nuove basi giuridiche che, in materia di servizi di interesse economico generale, hanno progressivamente affiancato l'art. 106 TFUE; al fine di comprendere se ed

in che misura il diritto dell'Unione imponga un bilanciamento tra esigenze economico-concorrenziali e considerazioni di tipo sociale nell'erogazione dei pubblici servizi.

Capitolo primo

Il bilanciamento tra libero mercato ed intervento pubblico nell'economia:

l'articolo 106 TFUE

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: le diverse forme di intervento (diretto o indiretto) dello Stato nell'economia e il controllo del diritto dell'Unione europea - 2. I Servizi pubblici tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea - 3. L'art. 106 del TFUE - 4. L'art. 106, paragrafo 1, TFUE - 4.1 Le imprese pubbliche - 4.1.1. *Gli aiuti di Stato alle imprese pubbliche (Cenni)* - 4.2. Le imprese titolari di diritti speciali o esclusivi - 4.3. Misure statali e violazione dei Trattati: l'evoluzione interpretativa dell'art. 106, paragrafo 1 TFUE - 4.4.1. *I rapporti tra i diritti speciali ed esclusivi e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante (art. 102 TFUE)*. - 4.4.2. *(Segue) – La violazione del combinato disposto degli artt. 106, paragrafo 1 e 102 TFUE: alcune fattispecie tipiche* - 5. L'art. 106, paragrafo 2 TFUE: le imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale - 5.1. Le condizioni di applicazione dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE - 5.1.1. *Impresa* - 5.1.2. *Atto di incarico*- 5.1.3. - *Attività "di interesse economico generale"* - 5.1.4. *Ostacolo alla missione di interesse pubblico affidata all'impresa*- 5.1.5. *Il pregiudizio agli scambi nell'Unione*- 5.2. L'efficacia diretta dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE - 6. L'art. 106, paragrafo 3, TFUE e i poteri di vigilanza attribuiti alla Commissione europea.

1. LE FORME DI INTERVENTO (DIRETTO O INDIRETTO) DELLO STATO NELL'ECONOMIA E IL CONTROLLO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Sin dall'origine del processo di integrazione europea, i Trattati istitutivi dell'allora Comunità Economica Europea (CEE) ponevano posto al centro dei propri obiettivi la realizzazione di un mercato unico, caratterizzato dall'abolizione, tra gli Stati membri, di ogni ostacolo alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali¹. Se con il Trattato istitutivo

¹ Sul mercato unico europeo, la letteratura è molto vasta. Si vedano, senza pretesa di esaustività, A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo. Norme e funzionamento*, Torino, 1990; U. LEANZA, *Il completamento del mercato interno: attese e realizzazioni*, in *Europa e mezzogiorno*, 1993, p. 9 ss.; R. SANTANIELLO, *Il mercato unico europeo*, Bologna, 2000; P. OLIVER, W. H. ROTH, *The internal market and the Four Freedoms*, in *CMLR*, 2004, p. 407 ss.;

della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) gli obiettivi degli Stati fondatori erano limitati al settore siderurgico, con i Trattati di Roma gli Stati posero un obiettivo più ambizioso, da realizzarsi gradualmente sino alla creazione di un mercato unico in cui merci, persone, servizi e capitali potessero circolare liberamente. Il mercato unico doveva essere realizzato attraverso una serie di politiche di settore, e comportava l'adozione, da parte della Comunità e degli Stati membri, di una politica economica ispirata al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. L'evoluzione dell'integrazione europea ha permesso di realizzare progressivamente il mercato unico, attraverso l'abbattimento degli ostacoli alla libera circolazione.

La versione attuale dei Trattati riconosce e ribadisce l'importanza del mercato unico. Il Trattato dell'Unione europea (nel prosieguo: TUE), al suo articolo 3, paragrafo 3, sancisce che l'Unione instaura un mercato interno e si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata, sulla stabilità dei prezzi e su un'economia sociale di mercato competitiva. Anche il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (nel prosieguo, TFUE) stabilisce che la politica economica dell'Unione è fondata sullo “*stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza*” (art. 119, paragrafo 1 TFUE).

Il mercato unico può quindi essere descritto come una sintesi tra il concetto di apertura e quello di concorrenza². Tra le svariate politiche sostanziali che compongono il mercato unico europeo, quella della concorrenza ha difatti assunto un ruolo primario³, e nell'ambito di questa,

L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo: libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Milano, 2006; C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2010; G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, Torino, 2010.

² La prima, rileva relativamente alle libertà di circolazione, e la seconda, in quanto a poco servirebbe l'apertura dei mercati nazionali se al loro interno non prevalessero condizioni concorrenziali: M. MONTI, *Mercato Unico europeo, regolazione e concorrenza*, disponibile al sito www.agcm.com, p. 1.

³ A seguito delle modifiche introdotte dal trattato di Lisbona, entrato in vigore il primo dicembre 2009, (in GUUE, C 306 del 17 dicembre 2007, p. 1) la politica della concorrenza

l'azione dell'Unione non ha riguardato solo i comportamenti attuati dalle imprese private, ma anche gli Stati e, più in generale, da tutte le pubbliche autorità. È stata in questo modo posta la base per una notevole riduzione, negli Stati europei, dei monopoli pubblici o dei diritti di esclusiva per l'esercizio di determinate attività, ed è quindi stato possibile sottoporre alle regole della concorrenza anche quelle attività tradizionalmente configurate come servizi pubblici e per questo tradizionalmente sottratte al libero mercato.

2 – LE FORME DI INTERVENTO (DIRETTO ED INDIRETTO) DELLO STATO NELL'ECONOMIA

Le forme di intervento statale nell'economia sono molteplici e rispondono a legittime finalità di politica economica degli Stati, i quali, in virtù della loro sovranità interna⁴, sono da sempre intervenuti nelle rispettive economie nazionali per i motivi più svariati: l'importanza strategica di un settore, la tutela dell'occupazione, la tutela dei risparmiatori e degli azionisti. I fallimenti e le inefficienze del mercato⁵ hanno infatti giustificato, in epoche e contesti diversi, interventi correttivi dello Stato,

non è più esplicitamente annoverata tra gli obiettivi dell'Unione *ex art. 3 del TUE*. Tuttavia, il protocollo n. 27 allegato ai Trattati - ed in quanto tale, avente lo stesso valore giuridico - implicitamente attribuisce al diritto della concorrenza la funzione di azione necessaria al raggiungimento degli obiettivi dei Trattati. Sul tema, M. WAELBROEK, *La place de la concurrence dans le Traité de Lisbonne*, in *Mélanges en hommages à Georges Vandensanden*, 2008, p. 829 ss.; N. PETIT, *Traité de Lisbonne et politique de concurrence: rupture?*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 53ème année*, 2008, p. 265 ss.; R. LANE, *EC competition Law post-Lisbon: a matter of Protocol*, in *Views of European law from the mountain: liber amicorum Piet Jan Slot*, 2009, p. 167 ss.

⁴ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, p. 16.

⁵ In economia, è detta "fallimento del mercato" quella situazione in cui i mercati non sono in grado di organizzare autonomamente la produzione in maniera efficiente, o di allocare efficientemente beni e servizi ai consumatori. Il mercato fallisce se per qualsiasi ragione non è possibile, attraverso lo scambio, raggiungere una situazione in cui le risorse sono efficientemente distribuite tra i soggetti che vi partecipano. Cfr. G. HUGH, R. RAY, *Microeconomics*, Prentice Hall, 2004. Esempi tipici di fallimenti del mercato sono le esternalità, che si manifestano allorché un'attività di produzione o di consumo di un soggetto influenza, negativamente o positivamente, il benessere di un altro soggetto, senza che quest'ultimo riceva una compensazione (nel caso di esternalità negativa) o paghi un prezzo (nel caso di esternalità positiva) pari al costo o al beneficio ricevuto; le asimmetrie informative, ossia la mancanza o incompletezza delle informazioni necessarie agli scambi sul mercato; i beni pubblici; i regimi non concorrenziali, come ad esempio il monopolio naturale. Per una descrizione analitica delle inefficienze del paradigma Stato-Mercato, F. REVIGLIO, *La spesa pubblica. Conoscerla e riformarla*, Venezia, 2007, pp. 17-36.

attraverso gli strumenti della spesa pubblica, dell'imposizione fiscale, delle politiche di bilancio e delle imprese pubbliche⁶.

Gli interventi statali nell'economia, tuttavia, possono a loro volta essere inefficienti, ove non orientate a criteri di economicità e qualità. La creazione del mercato unico europeo, attraverso la realizzazione delle libertà di circolazione e della politica di concorrenza, ha reso necessaria la rimozione di queste inefficienze negli interventi statali, ed ha posto delle limitazioni alle possibilità per lo Stato di intervenire incondizionatamente e indiscriminatamente nell'economia⁷. Così, la progressiva evoluzione del diritto dell'Unione europea dell'economia, ha reso sempre più intransigente la valutazione – e in alcuni casi anche la sanzione – di questi interventi da parte delle istituzioni europee⁸.

In questo quadro di riferimento, il controllo dell'Unione ha riguardato sia le forme di intervento diretto dello Stato nell'economia, sia quelle indirette⁹. Tra le prime, vi sono sia i casi in cui lo Stato si riserva esso stesso la gestione di una determinata attività, attraverso la creazione di imprese pubbliche; sia i casi in cui lo Stato affida a un soggetto privato, tramite gli strumenti propri del diritto amministrativo, la gestione di un pubblico

⁶ F. REVIGLIO, *Stato e mercato nel pensiero di Luigi Einaudi e oggi*, in *Riv. dir. fin.*, 2010, p. 16.

⁷ Ciò si è reso possibile in quanto, come è noto, gli Stati membri hanno trasferito all'Unione europea (nonché ad altre organizzazioni internazionali) poteri rilevanti, tra cui il potere di produrre norme giuridiche direttamente efficaci sul piano interno, anche nei confronti dei cittadini, e prevalenti sul diritto nazionale. In questo modo, i poteri che tradizionalmente definivano il nucleo della sovranità (*in primis*, il potere normativo e la politica economica) sono stati trasferiti ad organizzazioni sovranazionali, contribuendo in questo modo a limitare la sovranità interna ed esterna degli Stati. Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 19 ss.

⁸ Così S. M. CARBONE, *Golden share e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale*, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 503. La rimozione delle inefficienze degli interventi pubblici è un problema molto complesso ed articolato, non risolvibile esclusivamente nel quadro del diritto comunitario: esso infatti riguarda discipline diverse, quali l'economia, la scienza politica ed in una certa misura anche le scienze sociali. Le possibili soluzioni dipendono da riforme complesse, quali da una parte, quelle relative ai sistemi politici nazionali e, dall'altra parte, quelle per la creazione di entità sovranazionali in grado di regolare e controllare attività economiche e finanziarie transazionali: cfr. F. REVIGLIO, *Stato e mercato*, cit., p. 16.

⁹ Per un esame globale dell'influenza del diritto dell'Unione sull'attività imprenditoriale pubblica, e delle cause – privatizzazioni, progressiva perdita del potere decisionale in materia di politica economica a livello nazionale, desolata situazione delle finanze pubbliche, si veda P.M. HUBER, *L'attività imprenditoriale pubblica. Una figura di diritto amministrativo di fronte a nuove valutazioni*, in G. ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006, p. 73 ss.

servizio. In questo ambito, il controllo delle istituzioni dell'Unione si è manifestato con particolare intensità sia in occasione della privatizzazione delle imprese pubbliche, sia in una fase successiva, attraverso il controllo degli interventi pubblici nelle imprese privatizzate. In questo ambito, le istituzioni dell'Unione (specialmente la Commissione e la Corte di giustizia) sono intervenute per limitare i “poteri speciali” che gli Stati membri si erano riservati nella *governance* di alcune società privatizzate, non proporzionati all'effettiva partecipazione azionaria in mano pubblica¹⁰.

Le forme di intervento indiretto dello Stato nell'economia riguardano invece tutti quei casi in cui lo Stato, pur non essendo direttamente implicato nella gestione di un'impresa, sostenga, mediante finanziamenti pubblici, determinati operatori o determinate produzioni nazionali. Anche tali forme indirette di intervento sono sottoposte al controllo del diritto dell'Unione, conformemente alla disciplina degli aiuti di Stato di cui agli artt. 107 e ss. del TFUE.

L'oggetto di quest'analisi sarà limitato ai profili concernenti i servizi di interesse economico generale. Le altre forme di intervento statale nell'economia saranno esaminate in via incidentale, qualora la loro disciplina rilevi nell'ambito del tema di ricerca principale.

¹⁰ Il controllo dei poteri speciali dello Stato, ed in particolare della *golden share*, è stato possibile non tanto applicando le norme relative alla concorrenza, quanto quelle in materia di libera circolazione dei capitali e libertà di stabilimento. La giurisprudenza ha progressivamente limitato i poteri speciali dello Stato nelle aziende strategiche, ammettendo la *golden share* in situazioni del tutto eccezionali e determinate *ex ante*. Per approfondimenti sul tema, *ex multis*, S. GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 427 ss.; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle imprese partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 157 ss.; T. AJELLO, *Le golden shares nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e <<pregiudiziale>> nei confronti dei soggetti pubblici*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 811 ss.; F. SANTONASTASO, *La “saga” della golden share tra libertà di movimento dei capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 302 ss.; S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden share: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 861 ss.; B. NASCIBENE, *Norme nazionali sulle golden shares e diritto comunitario*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1017 ss.; S. M. CARBONE, *Golden share e fondi sovrani*, cit.; I. DEMURO, *La necessaria oggettività per i poteri previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 640 ss.; G. C. SPATTINI, *La “Golden share” all'italiana: finalmente “presa sul serio” dalla Corte di giustizia? La nuova (e forse perplessa) condanna della “Grundnorm” delle privatizzazioni sostanziali*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2009, p. 1599 ss.

3. I SERVIZI PUBBLICI TRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Il concetto di “servizio di interesse economico generale” richiama quello di “servizio pubblico”, utilizzato negli ordinamenti nazionali. Si tratta tuttavia di un termine nuovo, di una vera e propria nozione autonoma del diritto dell'Unione, che abbraccia ed ingloba quella squisitamente nazionale di “servizio pubblico”. La scelta dei redattori dei Trattati di utilizzare un termine diverso non è casuale, ed implica anzitutto che le due nozioni, seppur assimilabili, non sono tra loro coincidenti¹¹. “Servizi di interesse economico generale” e “servizi pubblici” sono due locuzioni nate infatti in ambienti ed epoche diverse.

Sebbene, come si vedrà, la nozione di “servizio di interesse economico generale” non sia né cristallizzata, né immutabile e sia quindi ancora in via di definizione, è comunque certo che essa ha “destabilizzato” l'idea nazionale di servizio pubblico¹².

Tra l'altro, nemmeno il *nomen* “servizio pubblico” conduce allo stesso istituto giuridico-amministrativo in tutti i 27 Stati membri dell'Unione. Difatti, la stessa nozione di “servizi pubblici” non è uniforme nei diversi ordinamenti nazionali, né vi è una comunanza quanto ai settori economici e sociali da essi interessati. In particolare, sin dalle origini del processo di integrazione europea possono distinguersi in Europa due principali modelli di organizzazione dei pubblici servizi negli Stati membri: un modello liberale, che trova la sua massima espressione nell'ordinamento tedesco e in quello anglosassone; ed un modello classico, ben rappresentato dal sistema francese del *service public*¹³.

¹¹ C. IANNONE, *Intervento pubblico*, cit., p. 62.

¹² Cfr. D. SORACE, *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1.

¹³ Sul tema si veda, più ampiamente, W. SAUTER, H. SCHEPEL, *State and market in European Union law*, Cambridge, 2009, p. 13–18.

Il primo modello trova il suo fondamento teorico nella dottrina tedesca dell'Ordoliberalismo¹⁴, il cui obiettivo principale è quello di creare un sistema giuridico in grado di evitare la concentrazione del potere economico in capo a poche entità, siano esse pubbliche o private, evitando sistemi di corporativismo, cartellizzazione e monopoli di vario tipo. Secondo questa dottrina, l'intervento pubblico nell'economia non è precluso, ma è ammissibile nella misura in cui esso crei le condizioni per evitare gli effetti nocivi di concentrazioni del potere economico a scapito della collettività. La disciplina del servizio pubblico ha, quindi, soltanto la funzione di sottrarre al mercato determinati servizi, prevedendo obblighi di informazione al pubblico, regole sugli obblighi di servizio pubblico e sulle caratteristiche del servizio, un divieto di discriminazione e l'obbligo di garantire un accesso generalizzato per i consumatori-utenti¹⁵. Le legislazioni ispirate a questo modello hanno dunque lo scopo di riconoscere ai consumatori specifici diritti, al fine di ottenere una maggiore efficienza e una migliore conformità dell'offerta alle esigenze dei cittadini.

¹⁴ La teoria di filosofia politica ordolibérale è di matrice tedesca, sorta in Germania nel secondo dopoguerra, ed ha influenzato anche l'interpretazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza. Sulla base di questa dottrina, la concorrenza era intesa come protezione della libertà economica individuale dotata di un valore in sé e per sé, oppure come limitazione (*restraint*) ad un potere economico eccessivo (*undue*). Cfr. L. GORMSEN LOVDAHL, *A Principled approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge, 2010, p. 39. Gli Ordoliberali ponevano l'accento da un lato sul rischio del "potere economico privato", costituito da cartelli di imprese, non legittimato dal punto di vista democratico; e dall'altro lato, sull'assoluta necessità di creare un solido quadro istituzionale al fine di creare un'economia competitiva che impedisse la formazione di quel potere privato, ed impedire altresì alleanze con il potere pubblico che generassero situazioni simili a quelle della Germania nazista. Allo stesso tempo, la scuola ordolibérale era consapevole dei rischi insiti in un potere pubblico troppo invasivo nella sfera economica: come sottolineato in dottrina, "*in short, with the most limpid clarity, the fundamental assumptions and consequent dilemma of antitrust law emerged*": G. AMATO, *Antitrust and the bond of power*, Oxford, 1997, p. 40-41. Sulla dottrina dell'Ordoliberalismo e la sua influenza sul diritto della concorrenza dell'Unione, v. anche D. GERBER, *Constitutionalizing the European Economy: German Neoliberalism, Comparative Law and the "New Europe"*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, p. 25; M. VATTIERO, *Ordoliberal competition*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, p. 371 ss.; C. MONGOUACHON, *L'Ordolibéralisme: Contexte historique et contenu dogmatique*, in *Concurrences*, n. 4, 2011, p. 70-78.

¹⁵ Così C. IANNONE, *Intervento pubblico*, cit., p. 63.

Il modello classico, cui s'ispira il sistema francese¹⁶ (e in parte anche quello italiano), prevede invece specifici regimi per il servizio pubblico, che gode di uno *status* giuridico autonomo, in ragione degli obblighi che l'ordinamento pone in capo al concessionario¹⁷. I concessionari del pubblico servizio hanno infatti obblighi di base, come ad esempio quello della continuità, la regolarità del servizio, l'universalità; devono inoltre rispettare determinate regole di gestione e, talvolta, anche tariffe fissate dalle autorità pubbliche¹⁸. Questa concezione legittima l'intervento pubblico, relegando i meccanismi privati degli interessi configgenti ad un ruolo secondario. Diversamente dalla concezione ordoliberal, che vuole proteggere il mercato (e quindi il pubblico interesse) dall'intervento politico, nella concezione del *service public*, al contrario, è la sfera pubblica che deve essere protetta dalle pressioni del mercato¹⁹. Pertanto, i sistemi ispirati a questo modello tendono ad ammettere con più difficoltà un intervento della concorrenza nelle attività considerate di servizio pubblico.

A fronte di questa dicotomia di fondo tra i principi sottesi al ruolo dei servizi pubblici negli ordinamenti nazionali, il diritto dell'Unione ha introdotto un concetto autonomo, quello di servizio di interesse economico

¹⁶ Sul tema del *service public* francese, P. JOURDAN, *La Formation du concept de Service public*, in *Revue de droit public*, 1987, p. 314 ss.; J.M. PONTIER, *Sur la conception française du Service public*, in *Recueil Dalloz*, 1996, p. 9 ss. Più specificamente sul rapporto tra *service public* e diritto dell'Unione europea, N- BELLOUBET – FRIER, *Service public et droit communautaire*, in *AJDA*, 1994, p. 270 ss.; E. DELACOUR, *Service public et Concurrence communautaire*, in *RMCUE*, 1996, p. 501 ss. La peculiarità del sistema francese di *service public* è stata evidenziata anche dal Governo francese in occasione del rapporto alla Commissione europea relativo alla riforma del cd. Pacchetto Monti sul finanziamento dei SIEG (v. oltre, capitolo 2), *Rapport sur les compensations de services d'intérêt économique général : mise en oeuvre de la décision de la Commission européenne du 28 novembre 2005*, p. 5-7, disponibile al sito internet: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/fr_fr.pdf.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ In diritto italiano, sebbene vi sia una nozione generale di servizio pubblico (art. 43 Cost.), non vi è una disciplina uniforme. Le discipline hanno infatti carattere settoriale e riguardano specifiche categorie di servizi pubblici: C. IANNONE, *Intervento pubblico*, cit., p. 63; M. CAMELLI, *Ordinamento giuridico dei servizi pubblici locali*, in A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004, p. 95 ss. In Francia, il servizio pubblico è diventato un elemento caratteristico del sistema politico francese, e dell'identità nazionale. Così, W. SAUTER, H. SCHEPEL, *State and market*, cit., p. 16. Si vedano anche P. JOURDAN, *La formation du concept de Service Public*, in *Rev. dr. pub.*, 1989, p. 89 ss.; J. M. PONTIER, *Sur la conception française du service public*, in *Recueil Dalloz*, 1996, p. 9 ss.; J. CHEVALLIER, *Le service public*, Parigi, 2005.

¹⁹ Cfr. W. SAUTER, H. SCHEPEL, *State and market*, cit., p. 18.

generale²⁰. La dicotomia appena descritta, ad ogni modo, resta riflessa nella natura compromissoria, per certi versi ambigua, dell'art. 106 del TFUE, norma dedicata appunto ai servizi di interesse economico generale.

4. L'ART. 106 DEL TFUE

La realizzazione di un'integrazione dei mercati nazionali in un unico mercato non poteva prescindere dall'applicazione dei principi della libera concorrenza a quei settori di mercato caratterizzati da forme di intervento pubblico nell'economia. Nel Trattato CEE, la base giuridica per l'abbattimento delle barriere di accesso a questi mercati era rappresentata dall'art. 90 CEE, poi divenuto art. 86 TCE e oggi art. 106 del TFUE²¹. Grazie a questa norma, si è posta la base per la liberalizzazione di attività tradizionalmente considerate come "servizi pubblici" negli ordinamenti nazionali e, per questo, sottratte alle regole del mercato²².

Sebbene, nel quadro attuale del diritto primario dell'Unione, l'art. 106 TFUE non sia l'unica norma dedicata ai servizi di interesse economico

²⁰ La non coincidenza tra la nozione di servizio di interesse economico generale e quella, squisitamente nazionale, di servizio pubblico, è ribadita altresì dalla Commissione nel Libro verde sui servizi di interesse generale, in cui si afferma che le espressioni "servizio di interesse generale" e "servizio di interesse economico generale" non devono essere confuse con il termine "servizio pubblico". Quest'ultimo ha infatti contorni meno netti: in alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo *status* dell'ente che presta il servizio: *Libro verde sui servizi di interesse generale*, doc. COM (2003) 270 def., del 21 maggio 2003.

²¹ Sulla norma, che è rimasta immutata nella formulazione nonostante i cambi di numerazione: A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TABUCCHI (a cura di) *Trattato istitutivo della Comunità europea. Commentario*, vol. II, Milano, 1965, p. 676 ss.; P. DIBUT, *Article 90*, in V. COSTANTINESCO, J.P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SYMON (a cura di) *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Parigi, 1992, p. 4730 ss.; H. CHAVRIER, *Article 86 (ex article 90)*, in P. LÉGER (a cura di) *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Bruxelles, 2000, p. 768 ss.; M. C. BARUFFI, *Articolo 86*, in F. POCAR (a cura di) *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2011, p. 448 ss.; A. GARDELLA, *Articolo 86*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e delle Comunità europee*, Milano, 2004, p. 577 ss.; G. FONDERICO, C. OSTI, *Articolo 86*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, p. 2507 ss.; F.M. DI MAJO, *Articolo 86*, in L. FERRARI BRAVO, A. RIZZO (a cura di), *Codice dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 373 ss.; A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato (art. 106 TFUE)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, Milano, 2010, p. 178 ss.

²² Sul tema, *ex multis*, F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996.

generale, essa è comunque la principale, quantomeno perché essa è l'unica norma dedicata ai servizi di interesse economico generale presente sin dall'origine dei Trattati, conservatasi – senza modificazioni apparenti - sino ad oggi. Per questo, l'analisi dell'art. 106 TFUE è preliminare rispetto alle altre norme del diritto primario dedicate ai servizi di interesse economico generale, le quali sono state introdotte in fasi successive e rappresentano un mutato approccio da parte dell'Unione europea rispetto ai pubblici servizi, non più incentrato solo sui profili della concorrenza e del mercato, ma anche sui diritti del cittadino-utente²³.

Per quanto riguarda l'articolo 106 TFUE, esso si inquadra nel titolo IV, parte terza del TFUE (“*Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul riavvicinamento delle legislazioni?*”), ed in particolare nel capo primo (“*Regole di concorrenza*”). La norma chiude quindi la sezione del TFUE dedicata alle regole di concorrenza applicabili alle imprese, ed ha pertanto una collocazione non pienamente coerente con il suo contenuto, poiché essa si rivolge agli Stati²⁴. L'art. 106 TFUE si suddivide in tre commi: il primo, relativo alle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi; il secondo, che concerne gli operatori economici incaricati della gestione di un servizio di interesse economico generale; il terzo, relativo ai poteri della Commissione di adottare atti di portata generale in materia.

5. L'ART. 106, PARAGRAFO 1, TFUE

Come abbiamo visto, l'intervento statale nell'economia può assumere varie forme, tra cui hanno un ruolo di primo piano la creazione di imprese pubbliche, o il conferimento a un'impresa di diritti speciali o esclusivi da parte dello Stato. Queste modalità di intervento sono oggetto della previsione del primo paragrafo dell'art. 106 TFUE, che sancisce il divieto di

²³ Su questi profili, *infra*, cap. 3.

²⁴ Per rilievi sulla collocazione sistematica della norma, G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 del Trattato*, in *Dir. Un eur.*, 1996, p. 721; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007, p. 823; A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato*, cit., p. 179.

emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e di quelle titolari di diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle regole dei Trattati, e in particolare al principio di non discriminazione e alle norme sulla concorrenza²⁵. L'applicazione dell'art. 106, paragrafo 1, ha dato luogo a notevoli difficoltà interpretative, sostanzialmente dovute al fatto che tale disposizione deve necessariamente conciliare due principi tra loro antitetici, eppure entrambi presenti nei Trattati: da un lato, il riconoscimento della potestà statale in materia di politica economica, dall'altro lato, l'esistenza di un mercato comune fondato sulla libera circolazione e sulla concorrenza²⁶.

In base all'interpretazione originaria della norma, basata sulla sua mera formulazione letterale, i Trattati ammettevano ampiamente interventi pubblici nell'economia, poiché questi non costituivano, in sé e per sé, una violazione del diritto dell'Unione, salvo il controllo delle istituzioni comunitarie sul rispetto il principio della parità di trattamento tra aziende private, aziende pubbliche, ed aziende titolari di diritti speciali o esclusivi²⁷. L'evoluzione giurisprudenziale, come si vedrà, ha in seguito mutato approccio, ponendo le basi per liberalizzare e privatizzare settori tradizionalmente riservati alla gestione pubblica.

Preliminare al corretto inquadramento dell'ambito di applicazione dell'art. 106, paragrafo 1 TFUE è la definizione delle tipologie di imprese a

²⁵ Questa la formulazione del primo comma dell'art. 106 TFUE: “*Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi?*”.

²⁶ G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 719 ss.

²⁷ V. P. FATTORI, *Monopoli pubblici e art. 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in MCR, 1999, p. 137. Secondo alcuni autori, il richiamo generale al principio di non discriminazione ha l'effetto di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 106, paragrafo 1 a tutte le disposizioni dei Trattati: cfr. E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza nell'Unione europea*, Napoli, 2004, p. 200. Il principio della parità di trattamento tra imprese pubbliche e private costituisce una specificazione del più generale principio, sancito dall'art. 345 del TFUE, di neutralità del diritto dell'Unione europea rispetto al regime di proprietà vigente negli Stati membri e, al contempo, ne costituisce un limite: la regola della parità di trattamento consente infatti di mitigare l'indifferenza del diritto dell'Unione rispetto al regime di proprietà delle imprese. In sostanza, il combinato disposto di queste due norme tende a riaffermare esplicitamente un principio, già sotteso alla struttura complessiva dei Trattati, per cui gli Stati, nel servirsi di imprese ad essi collegate, non possono porre le medesime in una situazione più favorevole e vantaggiosa rispetto alle imprese private.

cui la norma si riferisce: le imprese pubbliche, le imprese titolari di diritti speciali e le imprese titolari di diritti esclusivi. I Trattati non contengono alcuna definizione di queste entità, le cui nozioni devono quindi essere ricostruite sulla base del diritto derivato e della giurisprudenza.

5.1 Le imprese pubbliche

La nozione di “impresa pubblica” non è indicata nel diritto primario dell’Unione, né essa è chiaramente definita a livello dei 27 diritti nazionali, poiché il sono qualificati come “impresa pubblica” soggetti economici aventi caratteristiche strutturali diverse ed eterogenee²⁸.

Nel più risalente dibattito dottrinale sulla nozione di impresa pubblica, alcuni autori sostenevano la necessità di fondarsi su criteri di tipo oggettivo, attinenti alla struttura e all’organizzazione dell’impresa; altri, invece, propendevano per una soluzione che privilegiasse criteri di tipo soggettivo, con conseguente rinvio, anche ai fini del diritto dell’Unione, alle definizioni adottate a livello nazionale²⁹. La dottrina dominante, poi seguita dalla Corte e dalla Commissione, ha optato per una nozione autonoma di diritto dell’Unione, fondata su criteri di tipo oggettivo, per cui un’impresa è pubblica se lo Stato o un’altra autorità pubblica hanno un potere di controllo su di essa, in ragione dell’appartenenza totale o parziale del

²⁸ C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009, p. 16. Nello stesso senso, E. FERRARI, *Imprese pubbliche comunitarie e State trading enterprises*, in G. ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006, p. 59, secondo cui le singole forme giuridiche che sono state di volta in volta adottate rispondono alle esigenze ed alle concezioni di volta in volta prevalenti e non si inquadrano in un disegno organico, complessivo e coerente.

²⁹ Si vedano in proposito gli atti del Colloquio di Bruges, *L'entreprise publique et la concurrence: les articles 90 et 37 du Traité CEE et leurs relations avec la concurrence*, Bruges, 1968, p. 680 ss. La dottrina dominante propendeva comunque per una soluzione fondata su criteri di tipo oggettivo, che permettesse di prescindere dalla qualificazione come impresa pubblica ai sensi del diritto interno: si vedano in proposito A. PAPPALARDO, *Commento all'articolo 90*, cit.; ID, *State measures and public undertakings: article 90 of the EEC Treaty revisited*, in *Eur. Comp. law rev.*, 1991, p. 29 ss.; J.P SPITZER, *Entreprise publique et droit communautaire de la concurrence: assimilation et spécificité*, in E. A. RAFFAELLI (a cura di) *Antitrust between EC law and national law*, Bruxelles - Milano, 1998, p. 401 ss.

capitale sociale allo Stato, ovvero in ragione della presenza dello Stato negli organi sociali dell'impresa.

Questa interpretazione è poi stata ripresa nella direttiva della Commissione 80/723, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche³⁰, in particolare nel suo art. 2, paragrafo 1, lettera b, ai sensi della quale è impresa pubblica:

“ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o di normativa che la disciplina”.

Tale disposizione è stata oggetto di un ricorso per annullamento presentato da alcuni Stati membri, i quali ritenevano la direttiva viziata a causa dell'incompetenza della Commissione nella determinazione della nozione di impresa pubblica³¹. In un primo momento la Corte di giustizia, nel rigettare il motivo di annullamento dedotto, ha affermato che l'art. 2 della direttiva 80/723 non introduceva un concetto generale di impresa pubblica ai sensi dell'art. 90 CEE (ora art. 106 TFUE), ma si limitava a definire tale nozione ai soli fini della direttiva, stabilendo i criteri necessari ad individuare le imprese soggette agli obblighi di informazione e trasparenza³². In seguito, invece, nelle sentenze *Decoster* e *Taillandier*³³, la

³⁰ Direttiva della Commissione 80/723 CEE del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, in GUCE L 195, del 29 luglio 1980, p. 35.

³¹ Si veda la sentenza della Corte 2 luglio 1982, cause riunite C-188/80, C-189/80 e C-190/80, *Francia c. Commissione, Italia c. Commissione, Regno Unito c. Commissione*, in *Racc.*, p. 2545.

³² *Ibidem*, punto 24. Per alcuni commenti alla sentenza, si vedano E. MOAVERO MILANESI, *Imprese pubbliche e trasparenza delle relazioni finanziarie con gli Stati nella Comunità economica europea*, in *Riv. dir. ind.*, 1982, p. 265 ss.; A. PAGE, *Transparency Directive Upheld*, in *ELR*, 1982, p.496 ss.; M. BROTHWOOD, *The Court of Justice on Article 90 of the EEC Treaty*, in *CMLR*, 1983 p.335 ss.; R. SCARPA, *Trasparenza dei rapporti fra autorità pubbliche ed imprese pubbliche nell'ordinamento comunitario. Una garanzia per le libertà nella vita economica*, in *Giust. civ.*, 1983, p.1085 ss.; P. VOICI, *La sentenza della Corte di giustizia della CEE in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stato e imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1983, p.1137 ss.; F. RICCIOLI, *Sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra Stati membri, CEE e imprese pubbliche*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 137-139.

³³ Sentenze della Corte 27 ottobre 1993, causa C-69/91, *Procedimento penale contro Francine Gillon Decoster*, in *Racc.*, p. I-5335; e C-92/91, *Procedimento penale contro Annick Neny Taillander*, in *Racc.*, p. I-5383. Per un commento: L. HANCHER, in *CMLR*, 1994, p.857 ss.; S. M. TAYLOR, *Article 90 and Telecommunications Monopolies*, in *European Competition Law Review*, 1994, p.322 ss.

stessa Corte ha esteso la definizione contenuta nell'art. 2 della direttiva 80/723/CEE per interpretare la nozione di impresa pubblica contenuta in un altro atto di diritto derivato, così riconoscendole rilevanza generale anche al di fuori del limitato ambito di applicazione della direttiva 80/723.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha inoltre chiarito che, quando l'ente svolge un'attività economica - con l'esclusione quindi delle attività costituenti esercizio dei poteri sovrani o di natura esclusivamente solidaristica - è irrilevante, ai fini della sua qualificazione come impresa pubblica, che esso costituisca un'entità giuridica autonoma o sia invece integrato nella pubblica amministrazione³⁴. Non rilevano nemmeno, ai fini

³⁴ E' in proposito rappresentativa la sentenza *Commissione c. Italia*, in cui la Corte di giustizia ha accolto il ricorso per infrazione proposto contro l'Italia, che aveva rifiutato di trasmettere alla Commissione una serie di dati e informazioni relativi all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS). Il Governo italiano giustificava tale rifiuto invocando il fatto che la AAMS non poteva essere considerata "impresa pubblica", bensì "potere pubblico" ai sensi della direttiva 80/723 allora vigente, e pertanto non erano applicabili nei suoi confronti gli obblighi di trasparenza previsti dalla direttiva stessa. La Corte ha in proposito rilevato che lo scopo essenziale della direttiva 80/723 è quello di promuovere l'applicazione efficace, nei confronti delle imprese pubbliche, delle norme del Trattato relative agli aiuti di Stato. Infatti, la complessità delle relazioni tra Stati membri e imprese pubbliche ostacolava l'adempimento del compito di sorveglianza sugli aiuti pubblici alle imprese da parte della Commissione: pertanto, l'applicazione efficace delle norme del Trattato può avvenire solo a condizioni che tali relazioni siano trasparenti, si da poter distinguere con chiarezza "la figura dello stato quale pubblico potere da quella dello Stato proprietario". Dal momento che lo Stato può agire sia attraverso l'esercizio del potere di imperio, sia attraverso lo svolgimento di attività economiche, è necessario svolgere un'analisi caso per caso e distinguere le attività dello Stato in base alla categoria cui appartengono. In proposito, la Corte ha stabilito che è irrilevante che lo Stato svolga dette attività economiche mediante un soggetto distinto sul quale può esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, ovvero che le svolga mediante un organo integrato nella pubblica amministrazione. In questo secondo caso, infatti, le relazioni finanziarie con la pubblica autorità sono di solito ancora più complesse e la trasparenza richiesta dalla direttiva diviene ancora più necessaria. Pertanto, la Corte conclude che, nel caso di specie, il fatto che la AAMS faccia parte della pubblica amministrazione italiana non impedisce di considerarla un'impresa pubblica ai sensi della direttiva 80/723. La Corte inoltre, ha stabilito che, perché possa esservi un'impresa pubblica, non è necessaria l'esistenza di una personalità giuridica distinta rispetto a quella dello Stato, altrimenti lo scopo della direttiva rischierebbe di non essere realizzato. Non solo, ma il fatto che un organo, che svolge attività economiche, si parte della pubblica amministrazione dello Stato del quale condivide la personalità giuridica, non impedisce l'esistenza di relazioni finanziarie tra lo Stato e l'organo: infatti, attraverso l'assegnazione di risorse di bilancio, lo Stato "dispone per definizione del potere di influire sulle gestione economica dell'impresa, compensando le perdite di gestione e mettendo a disposizione dell'impresa nuove somme. Lo Stato può quindi consentire ad un'attività di "sopravvivere", pur in spregio ai principi del mercato, e proprio questa situazione la direttiva si propone di rendere manifesta. Ne segue che l'AMMS, pur essendo un organo integrato nella struttura amministrativa dello Stato, sia un'impresa pubblica se svolge un'attività di tipo economico. Sentenza della Corte 16

della qualificazione di un'impresa come pubblica, le sue modalità di finanziamento³⁵ o la sua organizzazione secondo modalità privatistiche o pubblicistiche³⁶.

Ciò che emerge dalla giurisprudenza è l'irrilevanza dello *status* giuridico di un'impresa ai sensi del diritto nazionale. La Corte ha infatti adottato un approccio sostanziale anziché formale, richiedendo il soddisfacimento di una duplice condizione: da un lato, la natura economica dell'attività esercitata, dall'altro, il fatto che lo Stato o altro organismo pubblico eserciti un'influenza dominante sull'ente. Né rileva il fatto che lo Stato eserciti esso stesso l'attività attraverso il proprio apparato amministrativo: in questo caso, infatti, l'influenza dominante è presunta e, se l'attività esercitata è di tipo commerciale o industriale, l'amministrazione che gestisce tale attività può essere considerato impresa pubblica. In questo modo, la nozione di impresa pubblica ha un'accezione relativa³⁷, in quanto uno stesso soggetto può essere considerato impresa solo per quanto riguarda una parte delle sue attività, restando sottratto all'applicazione delle regole del mercato solo per quanto riguarda le attività riconducibili all'esercizio di un pubblico potere.

Ad oggi, una puntuale e completa definizione di impresa pubblica ai sensi del diritto dell'Unione è contenuta nella direttiva 2006/111/CE (cd. Direttiva trasparenza)³⁸, ai sensi della quale è impresa pubblica quella “nei

giugno 1987, causa C-118/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. 2599. Per un commento, F. MENEGAZZI, *Osservazioni in tema di trasparenza nei finanziamenti statali alle imprese pubbliche*, in *Dir. com. scambi int.*, 1988 p.99 ss.

³⁵ Sentenza della Corte 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner*, in *Racc.*, p. 1979. Nella specie, la Corte ha stabilito che un ufficio pubblico per l'occupazione che svolge attività di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza dato che, nel contesto del diritto della concorrenza, questa qualifica si applica a qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento.

³⁶ Sentenza della corte 6 luglio 1982, causa C-118/90, c-189/90 e C-190/90, *Francia, Italia, Regno Unito c. Commissione*, in *Racc.*, p. 2545. Sulla sentenza, E. MOAVERO MILANESI, *Imprese pubbliche e trasparenza delle relazioni finanziarie con gli Stati nella Comunità economica europea*, in *RDI*, 1982, p. 265 ss.; A. PAGE, *Transparency Directive Upheld*, in *ELR*, 1982, p. 496 ss.; M. BROTHWOOD, *The Court of Justice on Article 90 of the EEC Treaty*, in *CMLR*, 1983, p.335 ss.

³⁷ Così C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., p. 26.

³⁸ Direttiva della Commissione 2006/111/CE del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, in *GUCE L 318* del 17 novembre 2006, p. 17.

confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina” (art. 2, paragrafo 2, secondo trattino). L'influenza dominante è presunta qualora i poteri pubblici si trovino nei riguardi dell'impresa, direttamente o indirettamente, almeno in una delle seguenti situazioni: detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa; ovvero dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa; ovvero possano designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa. Il carattere pubblico di un'impresa, dunque, non dipende tanto dai rapporti formali di proprietà, ma dal potere di controllo esercitato di fatto dallo Stato o dall'ente pubblico sulla stessa³⁹.

In sostanza, dunque, perché sia applicabile l'art. 106, paragrafo 1 occorre il rispetto di un duplice requisito: l'uno soggettivo, relativo alla configurazione dei poteri dell'ente pubblico all'interno dell'impresa; l'altro oggettivo, relativo alla natura economica dell'attività esercitata. In mancanza del primo requisito, si avrebbe un'impresa privata, con conseguente applicabilità del secondo paragrafo dell'art. 106; in mancanza, invece, della natura economica dell'attività, si avrebbe un'impresa pubblica che esercita prerogative pubblicistiche ovvero funzioni di solidarietà sociale, con conseguente inapplicabilità dell'art. 106.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la nozione di impresa pubblica ai sensi e per gli effetti dell'art. 106, paragrafo 1, include varie tipologie di persone giuridiche⁴⁰. In primo luogo, vengono in rilievo le aziende pubbliche, le quali, pur essendo dotate di organi, personale e patrimonio propri, sono legate all'ente pubblico per un rapporto di

³⁹ D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 120.

⁴⁰ In dottrina italiana, si è rilevato che è possibile ricomprendere nell'art. 106, paragrafo 1, le aziende pubbliche, gli enti pubblici economici e le società miste: cfr. C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., p. 18; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 119. Sull'impresa pubblica nell'ordinamento italiano: M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 147 ss.; A. M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Justitia*, 1977, p. 147 ss.; recentemente, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, p. 887 ss.

direzione o, in casi più limitati, di gerarchia. Appartengono alla definizione di impresa pubblica anche gli enti pubblici economici, ossia quegli enti che, pur ricalcando il modello societario, sono privi dei soci, e di un'assemblea che li rappresenta, e sono legati da un rapporto di direzione rispetto alla pubblica amministrazione che ha la responsabilità politica dell'attività. In terzo luogo, rientrano nella nozione anche le società miste, le quali sono costituite da una pubblica autorità che opera sotto la forma di società per azioni, ovvero da società per azioni le cui quote azionarie appartengono all'ente pubblico.

5.1.1. Gli aiuti di Stato alle imprese pubbliche (Cenni)

La valutazione comunitaria circa la presenza di aiuti di Stato alle imprese pubbliche⁴¹, l'analisi del diritto dell'Unione pone questioni giuridiche parzialmente diverse rispetto alla disciplina degli aiuti ad imprese private. Difatti, per verificare l'esistenza di un vantaggio e, quindi, di un elemento di aiuto, per l'impresa pubblica beneficiaria di un finanziamento, è necessario raffrontare il comportamento dello Stato-investitore con quello di un ipotetico investitore privato posto in una situazione comparabile. Solo allorché sia dimostrato che un investitore privato operante in economia di mercato avrebbe concesso un finanziamento alle stesse condizioni, allora è possibile escludere l'elemento di vantaggio e dunque la presenza di un aiuto di Stato.

La Commissione ha iniziato ad applicare questo criterio a partire dal 1984, anno in cui ha adottato la *Comunicazione relativa alla Applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CEE alla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese*. Ai sensi della Comunicazione, ogni qual volta lo Stato conferisca ad un'impresa capitali pubblici sotto forma di capitale di rischio, è possibile escludere la natura di aiuto di Stato solo dimostrando che un investitore privato avrebbe effettuato il finanziamento a quelle stesse condizioni: a tal fine, rilevano in particolare il rendimento del capitale, le

⁴¹ Sul punto si veda C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., pp. 50- 57.

prospettive di redditività dell'impresa e la possibilità dell'impresa di ottenere sul mercato dei capitali i mezzi necessari per attuare il programma di investimenti⁴².

Alla luce della recente crisi del debito sovrano che ha colpito molti Stati europei, si prospettano in molti Paesi esigenze di privatizzazione di imprese pubbliche. Sul punto la Commissione ha recentemente adottato e pubblicato un proprio documento di lavoro interno⁴³, nel quale ribadisce che – affinché le privatizzazioni non comportino aiuti di Stato – le pubbliche autorità devono garantire che queste avvengano a condizioni di mercato e che non venga concesso alcun vantaggio all'acquirente e/o all'impresa ceduta; ciò vale in particolare per le imprese fortemente indebitate. La Commissione nel documento ricorda inoltre che la verifica dell'esistenza di un vantaggio – e quindi il rispetto del criterio dell'investitore privato – avvengono sia al livello delle misure preparatorie volte a facilitare la privatizzazione delle imprese pubbliche, sia al livello del processo di vendita vera e propria. La Commissione, infine, esorta gli Stati membri a varare il prima possibile una “strategia globale per le imprese pubbliche”⁴⁴, coinvolgendo tutti i livelli della pubblica amministrazione, al fine di individuare con tempestività i potenziali casi problematici dal punto di vista degli aiuti di Stato.

⁴² Il *test* dell'investitore privato è stato giudicato legittimo dalla giurisprudenza dell'Unione, che in numerose occasioni ha confermato la validità delle decisioni in cui la Commissione giudicava illegittimo un finanziamento statale che, alla luce del mercato e della situazione particolare dell'impresa, non sarebbe mai stato effettuato (o non sarebbe stato effettuato in quei termini) da un investitore privato. La prima occasione in cui la Corte si è pronunciata sulla legittimità del criterio dell'investitore privato per gli investimenti effettuati nelle imprese pubbliche è la sentenza cd. *Tubemeuse*: sentenza della Corte 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-959, con nota di G. M. ROBERTI, *La nuova lettura dell'art. 93, n. 3, del Trattato CEE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 28.

⁴³ *Documento di lavoro dei servizi della Commissione – Documento di orientamento concernente il finanziamento, la ristrutturazione e la privatizzazione di imprese pubbliche in conformità con le norme in materia di aiuti di Stato*, SEC (2012)14, del 10 febbraio 2012. Il documento è disponibile al sito:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_it.pdf.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 15.

5.2 Le imprese titolari di diritti speciali o esclusivi

L' art. 106, paragrafo 1 del TFUE estende il regime previsto per le imprese pubbliche alle imprese titolari di diritti esclusivi e di diritti speciali⁴⁵. Anche queste entità economiche, difatti, si trovano in una posizione di subordinazione rispetto allo Stato, il quale, pur non esercitando un controllo diretto su di esse, è pur sempre in grado di influenzarne il comportamento attraverso la possibilità di ritirare i diritti di cui esse sono titolari. Diversamente dalle imprese pubbliche, in cui il legame tra Stato ed impresa è di tipo soggettivo - dal momento che il primo opera nel mercato attraverso il controllo degli organi dell'impresa-, nelle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi il controllo pubblico riguarda l'attività svolta dall'operatore economico. Si tratta di una forma di controllo indiretta da parte dello Stato: infatti, le imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, pur essendo strutturalmente autonome rispetto all'amministrazione statale, costituiscono, grazie alla concessione dei predetti diritti, uno strumento attraverso cui lo Stato controlla una determinata attività⁴⁶.

Per lungo tempo, nel silenzio dei Trattati, la distinzione tra diritti speciali e diritti esclusivi non era chiara, ed i due termini venivano talvolta utilizzati come sinonimi⁴⁷. In assenza di una definizione legislativa, inoltre, non era chiaro se, ai fini della sussistenza di tali diritti, era necessario che l'attribuzione dei medesimi fosse limitata ad un numero chiuso di imprese⁴⁸.

⁴⁵ Tali imprese sono generalmente, ma non necessariamente di diritto privato. Così, E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza*, cit., p. 232; J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights*, cit., p. 6; D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 121. Al contrario, una parte minoritaria della dottrina sembra ritenere che le imprese titolari di diritti esclusivi debbano necessariamente essere imprese private: cfr. C. A. COLLIARD, *Le régime des entreprises publiques*, Bruxelles, 1969, p. 27; S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, p. 19.

⁴⁶Cfr. C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., p. 28; A. FRIGNANI, D. WAELBROEK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 266.

⁴⁷ Si veda ad esempio la sentenza della Corte del 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed*, in *Racc.*, p. 803.

⁴⁸ La Corte di giustizia ha affrontato per la prima volta questione nel caso *INNO-ATAB*, senza tuttavia prendere espressamente posizione sul punto: sentenza della Corte 16 novembre 1977, causa 13/77, *G.B. Inno BM c. Association des détaillants en tabac (ATAB)*, in *Racc.*, p. 2115. Tuttavia, in *obiter dictum*, la Corte ha negato la configurabilità di diritti speciali laddove determinati benefici siano aperti ad un numero indeterminato di imprese, così implicitamente sancendo che diritti speciali ed esclusivi si caratterizzano necessariamente

L'esigenza di chiarire la distinzione tra le due tipologie di diritti è emersa in via giurisprudenziale, con la sentenza cd. *Servizi di telecomunicazione*⁴⁹.

Sebbene i Trattati non contengano alcuna spiegazione delle nozioni di “diritto speciale” e di “diritto esclusivo”, le rispettive definizioni sono state adottate attraverso atti di diritto derivato, in particolare con le diverse Comunicazioni adottate dalla Commissione nel quadro della liberalizzazione di alcuni settori economici qualificabili come servizi di interesse economico generale. La prima definizione di diritti speciali ed esclusivi è infatti

per la presenza di un *numerus clausus* di operatori beneficiari. Si vedano in particolare i punti 41 e 42: “*Poiché detta facoltà è concessa a tutti coloro (...) che si mettono a produrre o ad importare tabacchi manifatturati e quindi ad una categoria indeterminata di imprese, sembra dubbio che tali imprese possano venir considerate come titolari di diritti speciali o, comunque, esclusivi. Tuttavia, visto che nel risolvere la prima questione è stato osservato come l'art. 90 costituisca in ogni caso semplicemente un'applicazione particolare di determinati principi generale che vincolano gli Stati membri, non appare necessario pronunziarsi sulla seconda questione*”.

⁴⁹ Cfr. sentenza della Corte 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90, *Spagna, Belgio e Italia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-5833, punti 29-31. La Corte, accogliendo parzialmente il ricorso di alcuni Stati membri, ha annullato alcune disposizioni della direttiva 90/388/CEE (In GUCE L 192 del 24 luglio 1990, p. 10), relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni, in quanto non veniva chiarita la nozione di “diritti speciali”. La Corte, pur ammettendo la possibilità per la Commissione di emanare direttive volte all'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi nel settore delle telecomunicazioni, ha stabilito che una direttiva che non precisa né quale tipo di diritti speciali sia concretamente considerato, né le ragioni per cui l'esistenza di tali diritti sia in contrasto con il Trattato, deve essere ritenuta insufficientemente motivata. Sulla sentenza, G. P. TAGARIELLO, *I monopoli di servizi di telecomunicazioni: cronaca di una fine annunciata. La sentenza della Corte di giustizia sulla direttiva "servizi di telecomunicazioni"*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992 p.769 ss.; L. CARTOU, *Le secteur public et le droit communautaire*, in *Les petites affiches*, 1993, n° 49 p. 20 ss.; A. M. BALESTRERI, *Monopoli legali nei c.d. settori esclusi: rispetto delle prerogative degli stati membri o tutela effettiva della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1993 p. 482 ss.; S. M. TAYLOR, *Article 90 and Telecommunications Monopolies*, in *European Competition Law Review*, 1994, p.322 ss. In una sentenza successiva, la Corte adita in via pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva 90/387/CEE sull'istituzione del mercato interno per i servizi di telecomunicazione, ha stabilito che la concessione per la gestione di reti di telecomunicazioni non può essere definita come una concessione di diritti esclusivi o speciali, se tali diritti vengono conferiti in maniera obiettiva, proporzionale e non discriminatoria, e se non influiscono sostanzialmente sulla capacità delle altre imprese di installare o di gestire reti di telecomunicazioni o di fornire servizi di telecomunicazioni nello stesso territorio, in condizioni sostanzialmente equivalenti. Cfr. sentenza della Corte 12 dicembre 1996, causa C-302/94, *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications*, (nel prosieguo *British Telecommunications*) in *Racc.*, p. I-6417. Per un commento, D. TRIANTAFYLLOU, *Evolutions de la notion de concession de service public sous l'influence du droit communautaire. A l'occasion de l'arrêt du 12/12/96 de la CJCE, British Telecom (Aff. C-302/94)*, in *Rev. marché commun et de l'Union européenne*, 1997, p.558 ss.; L. IDOT, in *Europe*, 1997, febbraio, p.23-24.

contenuta nella direttiva 94/46/CE sulle comunicazioni via satellite⁵⁰, in cui la Commissione ha considerato “diritti esclusivi” quelli “*concessi da uno Stato membro ad un'impresa, mediante ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo, che le riserva la facoltà di fornire un servizio (...) o di effettuare un'attività in una determinata area geografica*”.

Ha invece definito “diritti speciali” quelli “*concessi da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese mediante ogni atto legislativo, regolamentare, amministrativo che, in una determinata area geografica: : i) limiti a due o più il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o una data attività, senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione; o ii) designi, senza osservare i predetti criteri, varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a prestare un dato servizio o esercitare una data attività; o iii) conferisca ad una o più imprese, senza osservare detti criteri, determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudichino in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti*”.

A queste definizioni, inizialmente circoscritte al settore delle comunicazioni satellitari, è stata in seguito riconosciuta una portata generale⁵¹, e le stesse sono state richiamate in tutte le successive direttive generali in materia di SIEG, tra cui – da ultimo – la Direttiva 2006/111/CE (Direttiva trasparenza)⁵².

⁵⁰ Direttiva 94/46/CE della Commissione del 13 ottobre 1994 che modifica la direttiva 88/301/CEE e la direttiva 90/388/CEE in particolare in relazione alle comunicazioni via satellite, in GU L 268 del 19 ottobre 1994, p. 15 ss.

⁵¹ A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato*, cit., p. 182. Analogamente, L. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni: un modello di liberalizzazione di servizio pubblico*, Torino, 1999, p. 85.

⁵² La più recente definizione di diritti speciali ed esclusivi è sostanzialmente analoga a quella originaria e si trova all'art. 2 della Direttiva trasparenza (Dir. 2006/111/CE del 16 novembre 2006, *relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche*, cit.). Tale strumento definisce “diritti esclusivi” i diritti riconosciuti da uno Stato membro *ad un'impresa* attraverso una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riserva alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o esercitare una determinata attività. Sono invece «diritti speciali» quelli riconosciuti da uno Stato *ad un numero limitato di imprese* attraverso un atto di diritto pubblico che, con riferimento ad una determinata area geografica: i) limiti a due o più il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o una data attività, senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione; o ii) designi, senza osservare i predetti criteri, varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a

Sulla base di tali definizioni è possibile affermare che si è in presenza di un diritto esclusivo ogni qualvolta la misura pubblica attribuisca ad una singola impresa e a nessun'altra, la facoltà di prestare un determinato servizio, rendendo di fatto possibile all'impresa medesima di operare in regime di monopolio legale all'interno di una determinata area geografica. Invece, i diritti speciali sono concessi ad un numero ristretto di imprese, ma superiore ad uno, ed hanno l'effetto di conferire alla stesse un sostanziale vantaggio concorrenziale sul mercato considerato⁵³. Tali diritti possono consistere sia in diritti d'impresa che limitano l'accesso al mercato per i concorrenti, sia in meri vantaggi legali attribuiti *ex lege* ad alcune imprese, tali da rendere meno competitivi i concorrenti in una data area geografica⁵⁴.

Diritti speciali ed esclusivi hanno, comunque, diversi elementi costitutivi comuni: in primo luogo, entrambi presuppongono una concessione da parte dello Stato o di altro ente pubblico, che può assumere indifferentemente la forma di atto legislativo, regolamentare o amministrativo⁵⁵. Inoltre, il diritto conferito deve essere idoneo ad impedire ad altri operatori lo svolgimento della stessa attività economica nella stessa area geografica. Infine, con riferimento alla modalità di conferimento del diritto speciale o esclusivo, è necessario che l'individuazione delle imprese beneficiarie avvenga in maniera non trasparente, non obiettiva e non discriminatoria⁵⁶.

prestare un dato servizio o esercitare una data attività; o iii) conferisca ad una o più imprese, senza osservare detti criteri, determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudichino in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti.

⁵³ A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato*, cit., p. 182.

⁵⁴ Così, F. GHELARDUCCI, *I diritti speciali ed esclusivi nell'ordinamento comunitario: problemi definitori e tendenze evolutive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 816 ss., p. 821-828.

⁵⁵ Come osserva D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 122, non può escludersi che l'attribuzione di un diritto esclusivo possa derivare anche da un atto di diritto privato, come un contratto stipulato tra l'impresa e la pubblica autorità, a condizione che "prevalga la natura regolativa su quella commerciale".

⁵⁶ In tal senso, la sentenza *British Telecommunications*, cit, punto 34. Peraltro, la sussistenza di questo requisito non è pacifica in dottrina. Ne nega la necessità D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 125, sulla base delle conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs rese il 17 maggio 2001 nella causa *Ambulanz Glockner*, causa C-47/99, in *Racc.*, p. I-8089. In tali conclusioni, peraltro non riprese per questo punto dalla Corte, l'AG ha sostenuto che l'attribuzione in maniera non obiettiva, non proporzionale e non trasparente non è tanto una condizione di

5.3. Misure statali e violazione dei Trattati: l'evoluzione interpretativa dell'art. 106, paragrafo 1 TFUE

In base all'art. 106, paragrafo 1 TFUE, è fatto divieto agli Stati membri di mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e di quelle titolari di diritti speciali ed esclusivi, misure contrarie alle norme dei Trattati, e in particolare a quelle sulla concorrenza.

Sino alla fine degli anni ottanta, l'interpretazione di questa norma da parte della Corte di giustizia era di tipo prevalentemente letterale, per cui si riteneva che il diritto dell'Unione volesse lasciare inalterata la competenza degli Stati nell'attribuire diritti speciali o esclusivi, vietando solo l'adozione di atti ulteriori, nei confronti delle medesime imprese, contrari alle norme dei Trattati⁵⁷. Veniva dunque ammessa l'attribuzione *ex lege* di un privilegio

esistenza del diritto speciale o esclusivo, quanto una condizione di giustificazione (cfr. il punto 88).

⁵⁷ Esempio di questa interpretazione tradizionale è il caso *Sacchi*, in cui la Corte è stata chiamata a valutare se la Radio televisione italiana, impresa titolare del diritto esclusivo di effettuare trasmissioni televisive, potesse essere altresì titolare, in via esclusiva, della gestione degli impianti televisivi, compreso quello di radiodiffusione, anche ai fini della trasmissione dei messaggi pubblicitari. Il sistema italiano di radio televisione si caratterizzava infatti dall'esercizio in esclusiva della pubblicità televisiva e dal divieto di captare e ritrasmettere messaggi audiovisivi, provenienti sia da emittenti nazionali, sia da emittenti estere. La Corte di giustizia, interpretando l'art. 106 TFUE, ha sancito che, se tale articolo permette agli Stati membri di concedere ad un'impresa diritti speciali o esclusivi, esso ne permette anche l'estensione e, quindi, il rafforzamento. Sentenza della Corte 30 aprile 1974, causa C-155/73, *Sacchi*, in *Racc.*, p. 409. Sulla sentenza, G.L. TOSATO, *Pubblicità televisiva e norme comunitarie*, in *La Comunità Internazionale*, 1977 p.5 ss.; ID., *Il caso Tebiella*, in *I processi civili*, 1977, p. 285 ss.; C. DI PAOLO, *Concentrazioni nel settore delle telecomunicazioni e Trattato CEE*, in *Riv. dir. int.*, 1987 p.573 ss.; J.L. RUIZ-NAVARRO PINAR, *El monopolio de la televisión en el Derecho comunitario*, in *Boletín de Derecho de las Comunidades Europeas*, 1988, n. extr. 2, p.79 ss. In senso conforme, la sentenza *Bodson*, avente ad oggetto l'attribuzione in concessione, da parte di alcuni comuni tedeschi, di servizi di pompe funebri. La Corte di giustizia ha affermato che l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, pur se comporta l'insorgere di una posizione dominante sul mercato, non è vietata *ex art.* 106, paragrafo 1 TFUE. Piuttosto, la norma sottopone ad un controllo di compatibilità con le regole della concorrenza di quelle misure pubbliche ulteriori, riguardanti le attività economiche oggetto dei diritti speciali o esclusivi, che sono contrarie alle regole di concorrenza o al principio di non discriminazione. Nella specie, la Corte ha quindi sancito la legittimità dell'attribuzione da parte dei comuni francesi, di diritti di esclusiva per l'attività; tuttavia, ha stabilito che se la pubblica autorità impone alle imprese concessionarie di praticare prezzi iniqui nei confronti dei cittadini, tale comportamento è contrario agli artt. 102 e 106 TFUE. Sentenza della Corte 4 maggio 1988, causa 30/87,

(nel caso dei diritti speciali) o una posizione dominante (nel caso di diritti esclusivi), la quale non era considerata vietata in ogni caso dalle norme in materia di concorrenza. Secondo questa interpretazione tradizionale, l'art. 106, paragrafo 1 TFUE escluderebbe l'applicazione delle regole di concorrenza nella fase iniziale di attribuzione dei diritti, e la limiterebbe solo alla fase successiva, relativa alle misure accessorie ed ulteriori di regolamentazione dei relativi mercati. In altri termini, l'art. 106, paragrafo 1, nel presupporre l'esistenza dei monopoli (e dei diritti speciali ed esclusivi) ne sottintenderebbe la legittimità⁵⁸.

In seguito, questa interpretazione è stata oggetto di un importante ripensamento, successivo all'adozione della direttiva 88/301/CEE della Commissione sulla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni⁵⁹. Con tale atto normativo, la Commissione aveva imposto agli Stati membri di eliminare tutti i diritti speciali ed esclusivi concessi ad alcune imprese, relativi all'attività di allacciamento degli apparecchi al punto terminale delle reti pubbliche di telecomunicazione⁶⁰, prevedendo quindi – in contrasto con l'interpretazione giurisprudenziale tradizionale - che la semplice concessione o il mantenimento di diritti

Bodson, in *Racc.*, p. 2479. Per un breve commento, J. SHAW, *A Healthy Monopoly for a Dying Trade?*, in *European Law Review*, 1988, p.422 ss.

⁵⁸ Così J.J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'art. 90 del Trattato*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1997, p. 664. Tale approccio era stato criticato in dottrina, dal momento che distinzione tra l'atto attributivo di un diritto speciale e le misure ulteriori ed accessorie suscettibili di alterare la concorrenza, non è immediata né evidente. L'Avvocato Generale Tesauro, nelle sue conclusioni nel caso *Terminali di comunicazioni*, cit., ha affermato che la norma si caratterizza per una "obscure clarté". Si vedano anche A. PAPPALARDO, *Regime de l'article 90*, cit., p. 94; P. MANZINI, *L'intervento pubblico*, cit., p. 382; G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 20.

⁵⁹ Direttiva 88/301/CEE della Commissione del 16 maggio 1988 relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni, in GU L 131 del 27 maggio 1988, p. 73 ss.

⁶⁰ L'obiettivo della Commissione, chiarito nei considerando della direttiva, era di liberalizzare il mercato dei terminali di telecomunicazioni: negli Stati membri, le telecomunicazioni erano infatti soggette a monopolio da parte dello Stato, o da questo delegato, attraverso l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, ad imprese incaricate della gestione e dell'esercizio della rete, oltre che della fornitura dei servizi ad essa afferenti. Per permettere agli utenti di beneficiare dei progressi tecnologici nel settore dei terminali di telecomunicazioni, la Commissione ha quindi ritenuto necessario permettere agli utenti una libera scelta relativamente a tali terminali, e quindi ha introdotto una liberalizzazione nel settore, la quale non poteva prescindere dall'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi esistenti.

speciali o esclusivi nel settore degli apparecchi terminali costituivano misure contrarie al Trattato. In questo modo, la Commissione vietava *tout court* ogni concessione di diritti speciali o esclusivi per l'attività di allacciamento degli apparecchi terminali⁶¹.

La direttiva sui terminali ha rappresentato un'evoluzione importante della posizione della Commissione in materia di diritti speciali o esclusivi; ed ha ridotto notevolmente – seppur limitatamente al settore dei terminali di telecomunicazioni – i margini di libertà degli Stati nel conferire diritti speciali o esclusivi, così limitando il protezionismo economico in questo settore e ponendo quindi le basi per un'apertura alla concorrenza. Proprio per questo suo notevole impatto riduttivo sulla “sovranià economica” degli Stati, la direttiva è stata impugnata da diversi Stati membri (forse timorosi che la Commissione potesse progressivamente estendere questo approccio ad altri settori), ed è stata oggetto di esame da parte della Corte di giustizia nella nota sentenza *Terminali di telecomunicazioni*⁶². Nella sentenza, il giudice dell'Unione ha avallato l'innovativa interpretazione della Commissione. Infatti, sebbene in concreto la Corte abbia annullato le disposizioni della direttiva che ordinavano la soppressione dei diritti esclusivi, essa ha comunque condiviso le ragioni di fondo alla base dell'atto normativo ed ha espressamente sancito che, in virtù dell'art. 106 paragrafo 3 TFUE, la Commissione può legittimamente vietare l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi in determinati settori oggetto di liberalizzazione⁶³. Contrastando la posizione della Repubblica francese, secondo cui l'art. 106 TFUE darebbe

⁶¹ Come osserva C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., p. 35, la direttiva imponeva di fatto il passaggio da un mercato gestito e regolato dallo Stato ad un mercato libero, sottoposto a procedure di omologazione di cui, però, è responsabile un ente autonomo ed indipendente dalle imprese, pubbliche o private, attive nel settore.

⁶² Sentenza della Corte 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione (Concorrenza sui mercati di terminali di telecomunicazioni)*, in *Racc.*, p. I-1223.

⁶³ Come abbiamo visto, infatti, nel caso di specie la Corte annullò alcune disposizioni della direttiva in quanto non chiarivano con precisione che cosa dovesse intendersi per diritti speciali ed esclusivi, e la loro reciproca differenza, né il motivo per cui la loro esistenza sarebbe in contrasto con il Trattato. Tuttavia, non fu messa in questione la legittimità dell'abolizione, da parte della Commissione, dei diritti speciali o esclusivi nel settore. V. A. MATTERA RICIGLIANO, *L'arrêt "Terminaux de télécommunications" du 19 mars 1991: interprétation et mise en oeuvre des articles 30/36 et 90 du traité CEE*, in *RDMUE*, 1991, p. 245 ss.

per presupposta l'esistenza di diritti speciali o esclusivi, la Corte ha dichiarato che:

*“pur presupponendo tale articolo l'esistenza di imprese concessionarie di taluni diritti speciali ed esclusivi, da ciò non consegue tuttavia che tutti i diritti speciali ed esclusivi siano necessariamente compatibili col Trattato”*⁶⁴.

La sentenza *Terminali* ha dunque escluso che il Trattato permetta sempre ed in ogni caso agli Stati membri di attribuire diritti speciali o esclusivi. Così facendo, sono stati privilegiati obiettivi di apertura alla concorrenza anziché obiettivi protezionistici di chiusura al mercato, e sono state poste le basi per una liberalizzazione, dapprima nel settore delle telecomunicazioni e successivamente in altri rilevanti settori economici⁶⁵. In ogni caso, alla conclusione dell'illegittimità della semplice attribuzione di un diritto speciale o esclusivo si può pervenire soltanto dopo avere effettuato un'analisi caso per caso, verificando finalità ed implicazioni dell'attribuzione dei diritti medesimi nel caso concreto⁶⁶.

⁶⁴ Sentenza della Corte 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, cit., punto 22.

⁶⁵ Come è stato evidenziato dall'Avvocato Generale Tesauo, la lettura tradizionale dell'art. 106, paragrafo 1 TFUE costituisce una tesi parziale e riduttiva dell'effetto utile della norma: Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauo del 13 febbraio 1990 nella causa C-202/88, *Francia c. Commissione (Concorrenza sui mercati di terminali di telecomunicazioni)*, in *Racc.*, p. I-1223, in particolare il punto 29.

⁶⁶ Il *revirement* della Corte nella sentenza *Terminali di telecomunicazioni* era stato, in un certo senso, anticipato da una sentenza precedente, nel caso *Manghera*, relativo al monopolio italiano dei tabacchi manifatturati: sentenza della Corte 3 febbraio 1976, causa 59/75, *Manghera*, in *Racc.*, p. 91. In tale pronuncia, non fondata sull'art. 90 CEE (ora art. 106 TFUE) bensì sull'art. 37 CEE (ora 37 del TFUE) relativo ai monopoli nazionali di carattere commerciale, la Corte aveva stabilito che, se è vero che un regime nazionale di monopolio commerciale non è di per sé contrario al Trattato, è nondimeno necessario verificarne in concreto la compatibilità con il diritto comunitario, demandando all'occorrenza tale verifica al giudice nazionale. Parte della dottrina aveva dunque letto in questa pronuncia il fondamento di un futuro superamento dell'interpretazione tradizionale dell'art. 106 accolta nella sentenza *Sacchi*, superamento poi di fatto avvenuto. Infatti, se l'art. 37 TFUE (*ex* art. 31 TCE) non permette agli Stati di favorire i monopoli pubblici, ne consegue che i medesimi devono avere lo stesso trattamento dei monopoli privati e rispettare le regole del mercato. Di conseguenza, il ridimensionamento dei poteri pubblici che ne seguiva avrebbe portato inevitabilmente alla soppressione dei diritti esclusivi, che alterano la concorrenza permettendo all'impresa pubblica di mantenere una posizione di privilegio: cfr. A. PAPPALARDO, *Position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés*, in *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Collège d'Europe, Bruges, 1977, pag. 538 ss.

La giurisprudenza successiva⁶⁷ ha fatto proprio questo indirizzo, abbandonando l'interpretazione tradizionale dell'art. 106, paragrafo 1 TFUE. In questo modo, i giudici hanno invertito la presunzione di legalità dei diritti speciali ed esclusivi e la dicotomia esistenza/esercizio degli stessi sui cui si fondava la giurisprudenza precedente. La norma è stata così inserita nella logica e nei principi ispiratori del diritto dell'Unione europea, in conformità con la dottrina dell'effetto utile⁶⁸ e sulla base di un'interpretazione teleologica e sistematica anziché letterale⁶⁹. Invero, nonostante la giurisprudenza sia a tratti ambigua, può riscontrarsi una tendenza ad affermare una presunzione di illegittimità della concessione stessa dei diritti speciali ed esclusivi⁷⁰. Tale maggiore rigidità è comunque temperata, in alcune sentenze più recenti, grazie al ricorso ad una lettura congiunta del primo e del secondo paragrafo dell'art. 106, che ha portato a ritenere legittimi quei diritti speciali ed esclusivi che, pur aventi un impatto

⁶⁷ La sentenza *Terminali di telecomunicazioni* è stata confermata da costante giurisprudenza successiva. Si vedano le sentenze della Corte 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner*, in *Racc.*, p. I-1979; 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, in *Racc.*, p. I-2925; 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Mercé Convenzionali Porto di Genova*, in *Racc.*, p. I-5889; 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *RTT*, in *Racc.*, p. I-5941; 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Courbeau*, in *Racc.*, p. I-2533; 27 ottobre 1993, causa C-69/91, *Decoster*, cit.; 27 ottobre 1993, cause riunite C-46/90 e 93/91, *Lagauche e altri*, in *Racc.*, p. I-5267; 27 ottobre 1993, causa C-92/91, *Taillander*, cit.; 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica Ferries I*, in *Racc.*, p. I-1783; 5 ottobre 1994, causa C-323/93, *La Crespelle*, in *Racc.*, p. I-5077; 14 dicembre 1995, causa C-387/93, *Banchero*, in *Racc.*, p. I-4663; 17 luglio 1997, causa C-242/95, *GT-Link*, in *Racc.*, p. I-4449; 12 luglio 1998, causa C-163/96, *Raso*, in *Racc.*, p. I-553; 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries II*, in *Racc.*, p. I-3949; 25 giugno 1998, causa C-203/96, *Dusseldorf*, in *Racc.*, p. I-4075; 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, in *Racc.*, p. I-5751; 10 febbraio 2000, cause riunite C-147/97 e C-148/97, *Deutsche Post*, in *Racc.*, p. I-825; 8 giugno 2000, causa C-258/98, *Carra*, in *Racc.*, p. I-4217; 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, *Pavlov e a.*, in *Racc.*, p. I-6451; 17 maggio 2001, causa C-340/99, *TNT Traco*, in *Racc.*, p. I-4109; 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, in *Racc.*, p. I-8089; 22 maggio 2003, causa C-462/99, *Connect Austria*, in *Racc.*, p. I-5197. Più recentemente, la sentenza del Tribunale 11 dicembre 2003, causa T-65/99, *Strinzis Lines*, in *Racc.*, p. I-349; la sentenza della Corte 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Racc.*, p. I-2941; 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7*, in *Racc.*, p. I-349; infine, la sentenza della corte (Grande sezione) 1 luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, in *Racc.*, p. I-4863.

⁶⁸ A. GARDNER, *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the free market in Europe's Regulated Sectors*, in *European Competition law rev.*, 1995, p. 85.

⁶⁹ Così P. MANZINI, *L'intervento pubblico*, cit., p. 383.

⁷⁰ Come osservano A. GARDELLA, *Sub. Art. 86*, cit., p. 591; F. MUNARI, *Imprese pubbliche e servizi di interesse economico generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, p. 1653; A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato*, cit., p. 186.

anticoncorrenziale, sono comunque funzionali e necessari allo svolgimento di un servizio di interesse economico generale⁷¹.

5.4. L'art. 106, paragrafo 1 quale norma di rinvio

La formulazione dell'art. 106, paragrafo 1 TFUE non indica quale debba essere il contenuto delle misure statali con esso incompatibili. La disposizione è infatti una norma di rinvio, nel senso che il divieto in essa enunciato colpisce le misure statali se ed in quanto risultino contrarie ad un'altra norma di diritto primario che si assume violata e, in special modo, il principio di non discriminazione, le regole sul mercato interno e quelle sulla concorrenza⁷².

In questo quadro di riferimento, nella maggior parte dei casi l'art. 106 è stato applicato in combinato disposto con l'art. 102 TFUE, norma rivolta alle imprese che sanziona l'abuso di posizione dominante, allorché sia proprio l'attribuzione di un diritto speciale o esclusivo (conferito appunto dall'art. 106) ad indurre o costringere le imprese beneficiarie a sfruttare abusivamente una posizione dominante su un determinato mercato⁷³. Più rari sono, invece, i casi di applicazione congiunta all'art. 101 TFUE.

5.4.1. I rapporti tra i diritti speciali ed esclusivi e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante (art. 102 TFUE).

Il rapporto tra art. 106, paragrafo 1 ed art. 102 TFUE costituisce uno dei profili di maggiore complessità nel diritto *antitrust* dell'Unione europea. La giurisprudenza, pur avendo dato un contributo fondamentale alla

⁷¹ Su cui oltre, §. 4.

⁷² A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario*, cit., p. 830.

⁷³ Come si vedrà, i due concetti (diritto esclusivo e posizione dominante) non sono necessariamente coincidenti. In dottrina è stata sottolineata la differenza "ontologica" diritto esclusivo e posizione dominante: mentre il primo, essendo conferito *ex lege*, ha natura giuridica, nell'ambito dell'art. 102 la posizione dominante ha natura economica: non deriva, normalmente, da una disposizione legislativa o regolamentare, bensì da una situazione di fatto. Da qui una duplice conseguenza: da un lato, la posizione dominante non equivale ad un diritto esclusivo; dall'altro, il diritto esclusivo non è necessariamente espressione di una posizione dominante: D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 122.

questione, resta infatti pur sempre caratterizzata da elementi di ambiguità e contraddizione, che rendono talvolta difficile una ricostruzione sistematica⁷⁴.

Anche relativamente ai rapporti tra art. 106 ed art. 102 TFUE, la giurisprudenza ha subito importanti evoluzioni. In una prima fase, corrispondente al periodo dell'interpretazione tradizionale dell'art. 106 paragrafo 1, il rapporto tra diritti speciali ed abuso di posizione dominante non era esplorato né approfondito⁷⁵.

Successivamente, il mutato a approccio della giurisprudenza sull'art. 106, paragrafo 1, iniziato con la sentenza *Terminali di telecomunicazioni*⁷⁶, ha

⁷⁴ A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato*, cit., p. 183.

⁷⁵ Ne è un esempio la sentenza resa nel caso *Telemarketing* in cui la Corte di giustizia ha toccato solo marginalmente la questione. Nella specie, si trattava di un rinvio pregiudiziale sorto nell'ambito di un giudizio promosso dalla società Telemarketing, attiva nel settore della pubblicità per televendita, contro la Compagnia Lussemburghese di Telediffusione (CBT) gestore della rete televisiva RTL, nonché contro la società IBP, esclusivista per il territorio del Benelux della pubblicità diffusa su detta rete. In particolare, la Telemarketing ha impugnato il rifiuto della CLT e della IPB di vendere i tempi di programmazione sulla rete RTL per operazioni di marketing telefonico, con l'impiego di un numero telefonico diverso da quello della società esclusivista per la pubblicità (IPB). Secondo la ricorrente, una tale condotta costituiva abuso di posizione dominante da parte del gestore della rete, in quanto imponeva alle imprese che volessero svolgere attività di pubblicità telefonica l'utilizzo dei servizi della società esclusivista per la pubblicità. In proposito, la Corte ha stabilito che l'art. 102 TFUE non si applica soltanto alle imprese la cui posizione dominante sia dovuta all'attività economica dell'impresa stessa, ma anche nei casi in cui tale posizione sia attribuita da disposizioni legislative o regolamentari, come nel caso della società titolare del diritto esclusivo di gestione di una rete televisiva. Dopo avere sancito questo importante principio, tuttavia, la Corte non esamina il comportamento delle autorità statali nel quadro del combinato disposto dell'art. 106, paragrafo 1 con l'art. 102 TFUE. Piuttosto, essa si concentra essenzialmente sul comportamento delle imprese, in particolare sul comportamento del gestore della rete, e quindi esclusivamente sull'art. 102 TFUE. Viene quindi sanzionato come anticoncorrenziale il comportamento delle imprese CBT ed IPB, detentrici *ex lege* di una posizione dominante sul mercato delle reti televisive in Belgio, per avere riservato alla società IBP, appartenente allo stesso gruppo, un'attività ausiliaria sul mercato delle attività di telemarketing, contiguo ma distinto dal mercato principale della pubblicità. Non viene invece sanzionato in alcun modo il comportamento delle autorità pubbliche che avevano reso possibile tale abuso da parte dell'impresa. Sentenza della Corte 3 ottobre 1985, causa 311/84, *Telemarketing*, in *Racc.*, p. 3261. Per un commento, J. SHAW, *Dominant Positions and Neighbouring Markets. Commercial Solvents applied to Broadcasting and Advertising Services*, in *EL Rev.*, 1987, p. 41 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Televisione e diritto comunitario "antitrust"*, in *Riv. dir. commerciale*, 1987, p. 306 ss.

⁷⁶ Sentenza della Corte 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione (Concorrenza sui mercati di terminali di telecomunicazioni)*, cit. La sentenza, ricordiamo, ha posto fine ad un indirizzo interpretativo che distingueva tra esistenza ed esercizio del monopolio, per cui se, da un lato, l'esistenza del monopolio è sempre legittima, solo il suo esercizio andrebbe sottoposto ad una valutazione di compatibilità con le norme del Trattato. Nella sentenza

portato ad una “riscoperta” del potenziale della norma in combinato disposto con l’art. 102 TFUE. Il superamento dell’interpretazione tradizionale secondo cui l’attribuzione di un diritto speciale o esclusivo – e la conseguente creazione di un monopolio legale – sarebbe sempre e comunque compatibile con il Trattato⁷⁷, ha inevitabilmente ampliato l’intervento – ed i casi di applicazione – del combinato disposto delle due norme⁷⁸.

In via generale, una misura statale viola il combinato disposto dell’art. 106, paragrafo 1 e 102 TFUE allorché siano presenti cumulativamente le seguenti condizioni:

a) l’impresa titolare di diritti speciali o esclusivi cui la misura è indirizzata occupa una posizione dominante sul mercato rilevante⁷⁹;

b) la misura statale obbliga o induce l’impresa a porre in essere comportamenti abusivi vietati dall’art. 102 TFUE ovvero produce effetti analoghi a quelli derivanti dal comportamento abusivo dell’impresa in posizione dominante;

c) gli effetti della condotta abusiva sono idonei a pregiudicare il commercio intra UE.

Con particolare riferimento alla seconda condizione, si tratta di capire se ed in quali casi l’esercizio abusivo di una posizione dominante da parte di un’impresa titolare di diritti esclusivi sia imputabile alla pubblica autorità che ha conferito i diritti stessi. In proposito, la giurisprudenza ha stabilito che il conferimento di un diritto esclusivo *ex art.* 106, paragrafo 1, e quindi la creazione *ex lege* di una posizione dominante, non integra in sé e per sé un abuso vietato dall’art. 102. Uno Stato membro viola i divieti

Terminali, invece, la Corte ha stabilito che anche la semplice attribuzione di tali diritti può essere contraria al Trattato.

⁷⁷ Su tale evoluzione interpretativa, si veda *supra*, §. 3.3.

⁷⁸ D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 483, parla di “deflagrazione” dell’ambito di intervento dell’art. 106 paragrafo 1 letto congiuntamente all’art. 102 TFUE.

⁷⁹ In proposito, pur essendo il concetto di “posizione dominante” distinto da quello di “diritto esclusivo”, occorre notare che la giurisprudenza ha in molti casi ritenuto che l’attribuzione di un diritto esclusivo produce per sua stessa natura una posizione dominante sul mercato di riferimento: Si vedano in proposito le sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner*, cit., punto 28; 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, cit., punto 31; 25 giugno 1998, causa C-203/96, *Dusseldorp*, cit., punto 40.

sanciti da queste due disposizioni solo quando l'impresa è indotta, con il mero esercizio di diritti speciali o esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, ovvero quando questi diritti sono idonei a creare una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere tali abusi⁸⁰. Questo approccio è stato oggetto di critiche in dottrina, in particolare riguardo al fatto che è difficile tracciare un confine tra l'azione statale volta a "creare una posizione dominante", da quella volta a "facilitarne l'abuso"⁸¹. In ogni caso, il combinato disposto della misure in esame non colpisce i comportamenti autonomamente posti in essere dalle imprese, alle quali si applicano le sole norme in materia di concorrenza. Per comprendere se un comportamento abusivo sia imputabile allo Stato, è necessario che sussista un nesso di causalità tra la misura pubblica e la condotta anticoncorrenziale, nel senso che la pratica che costituisce l'abuso deve essere "*conseguenza diretta della legge*"⁸². In mancanza di un tale nesso di causalità, la condotta dell'impresa deve essere esaminata esclusivamente ai sensi dell'art. 102 TFUE. La giurisprudenza, tuttavia, non sempre si è spinta a verificare con il medesimo rigore l'effettiva esistenza di un nesso di causalità tra la misura pubblica e la condotta abusiva dell'impresa: così, se in alcuni casi l'accertamento è stato più rigoroso, in altri l'illegittimità della misura statale è stata fatta discendere *sic et simpliciter*, dalla semplice esistenza delle pratiche abusive⁸³.

⁸⁰ La giurisprudenza è costante in tal senso. Si vedano le sentenze della Corte 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, *Pavlov e a.*, in *Racc.*, p. I-6451, punto 127; 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanç Glöckner*, in *Racc.*, p. I-8089, punto 39; 10 febbraio 2000, causa C-157/97, *Deutsche Post*, in *Racc.*, p. I-825; 17 maggio 2001, causa C-340/99, *TNT Traco*, in *Racc.*, p. I-4109, punto 44.

⁸¹ In questo senso, G. DAVIES, *Article 86, the economic approach to competition law, and the general interest*, in *World Competition*, 2009, p. 549 ss., p. 556, secondo il quale, dal momento che le imprese sono "*self-interested*", il semplice fatto di fornir loro un potere di mercato conduce quasi automaticamente ad uno sfruttamento abusivo di un tale potere. Secondo altri autori, il conferimento di diritti esclusivi ad un'impresa costituirebbe una violazione, da parte dello Stato, delle regole di mercato interno in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi: cfr. J. TEMPLE LANG, *Privatisation of social welfare: European Union Competition law rules*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (a cura di), *Social welfare and EU law*, Oxford, 2005, p. 46; D. EDWARD, M. HOSKINS, *Article 90: Deregulation and EC law: Reflections arising from the XVI FIDE conference*, in *CMLR*, 1995, pp. 173-175.

⁸² Sentenza della Corte 5 ottobre 1994, causa C-323/9, *La Crespelle*, cit.

⁸³ Ne è un esempio, il caso *Merci Convenzionali*, cit., in cui la Corte ha ritenuto che le condotte poste in essere dall'impresa beneficiaria di un monopolio legale dovessero

5.4.2. (Segue) – La violazione del combinato disposto degli artt. 106, paragrafo 1 e 102 TFUE: alcune fattispecie tipiche

I casi giurisprudenziali sul combinato disposto dell'art. 106, paragrafo 1 e dell'art. 102 TFUE possono essere classificati in varie categorie⁸⁴. Sebbene ogni categorizzazione implichi inevitabilmente un certo grado di approssimazione⁸⁵, essa è utile al fine di ordinare in categorie un filone giurisprudenziale non sempre lineare. I casi decisi dalle giurisdizioni dell'Unione sono riconducibili a tre filoni:

- in primo luogo, vi sono i casi di induzione all'abuso da parte della pubblica autorità (abuso attuale);
- in secondo luogo, i casi in cui lo Stato adotta misure che, incidendo sulla struttura del mercato, sono suscettibili di produrre effetti distorsivi sulla concorrenza (creazione, da parte dello Stato, di un rischio di abuso per le imprese in posizione dominante);
- infine, i casi in cui lo Stato adotta misure aventi effetti equivalenti all'abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, la quale tuttavia non pone in essere alcun comportamento anticoncorrenziale.

Per quanto riguarda il primo filone, ossia i casi in cui le misure statali conducono l'impresa ad abusare di una posizione dominante che detiene, si possono ulteriormente distinguere le fattispecie in cui le disposizioni nazionali costringono ovvero semplicemente inducono l'impresa a porre in essere un comportamento abusivo⁸⁶. Nella prima ipotesi, infatti, lo Stato è

necessariamente essere conseguenza della misura statale attributiva dei diritti di esclusiva, senza alcuna indagine circa la sussistenza di un nesso causale.

⁸⁴ Sulle diverse fattispecie di abuso di posizione dominante da parte dello Stato o delle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, A. GARDELLA, *Articolo 86*, cit., pp. 582-583; J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights*, cit., p. 607 ss.; D. GALLO, *I servizi*, cit., 486 ss.

⁸⁵ Come rileva P. CASSINIS, *Diritti speciali ed esclusivi e diritto della concorrenza*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *La Concorrenza*, in AJANI, BENACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, VII, Torino, 2006, p. 245.

⁸⁶ La distinzione è di D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 486. Invece, non è ancora stata affrontata (e risolta) in giurisprudenza la questione di stabilire se anche un mancato intervento dello Stato (un suo atteggiamento "inerte") possa rientrare nel campo di applicazione del combinato disposto degli artt. 106, paragrafo 1 e 102 TFUE. In dottrina, propende per una soluzione positiva C.D. EHLERMANN, *Managing monopolies: the role of the State in controlling market dominance in the European Community*, in *ECLR*, 1993, pp. 65-66; al

unico responsabile dell'abuso, seppure esso sia stato concretamente posto in essere dall'impresa. In questo modo è fatta salva sia la posizione dell'impresa beneficiaria dei diritti speciali, a cui non può essere addebitato un comportamento abusivo che essa non ha posto in essere, sia la posizione dei concorrenti di tale impresa, i quali, in assenza di un'attribuzione di responsabilità allo Stato, non potrebbero far valere in via giudiziale le proprie prerogative. Per quanto riguarda la seconda ipotesi, ossia i casi di mera induzione delle imprese, da parte di una pubblica autorità, a comportamenti contrari all'art. 102 TFUE, la giurisprudenza post-*Bodson*⁸⁷ ha sancito la responsabilità dello Stato che, in questi casi, è congiunta a quella dell'impresa, la quale potrà al più beneficiare di una riduzione nell'ammenda⁸⁸. Un esempio di induzione da parte dello Stato allo sfruttamento abusivo della posizione dominante è rappresentato dal caso *Merci convenzionali Porto di Genova*⁸⁹, in cui la Corte ha riconosciuto una violazione del combinato disposto degli artt. 106 e 102 TFUE da parte dello Stato italiano per avere adottato una normativa che riservava alle imprese portuali l'esecuzione di operazioni di sbarco di merci nei porti nazionali e

contrario, negano questa possibilità J. TEMPLE LANG, *Community Antitrust Law*, cit., p. 559 e J.L. BUENDIA SERRA, *Article 86*, cit., p. 609. Se si considera che gli artt. 106 e 107 del TFUE sono norme la cui funzione non è solo quella di proteggere la concorrenza tra imprese, ma anche il mercato interno – ragion per cui esse si rivolgono agli Stati membri e non alle imprese – si potrebbe, ad avviso di chi scrive, applicare per analogia la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione, ed in particolare quel filone giurisprudenziale in base al quale, laddove un comportamento contrario ai principi di libera circolazione nel mercato interno venga posto in essere da privati e sia tollerato da parte delle autorità nazionali che hanno l'obbligo di provvedere a riguardo, potrebbe configurarsi nei confronti dello Stato un comportamento omissivo ad esso imputabile: sentenza della Corte 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione/Francia (Angry Farmers)*, in *Racc.* pag. I-6959, punto 30.

⁸⁷ Cfr. i casi *Merci convenzionali*, cit., punto 19; *La Crespelle*, cit., punto 20; *Corsica Ferries II*, cit., punto 43.

⁸⁸ Sentenza del Tribunale 11 dicembre 2003, causa T-65/99, *Strinzijs Lines*, cit., punto 171.

⁸⁹ Sentenza della Corte 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, cit. Tra i commenti alla sentenza, si segnalano F. MUNARI, *Compagnie portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di Giustizia*, in *Dir. marittimo*, 1991, p.1129 ss.; C. BRUSCO, *Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 226-228; L. NICOLOSI, *Diritto di esclusiva sulle operazioni portuali: incompatibilità con la normativa del Trattato CEE*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p.2291 ss.; L. GYSELEN, in *CMLR*, 1992, p.1229 ss.; S. M. CARBONE, F. MUNARI, *La legge italiana di riforma dei porti ed il diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 367-392; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per danni causati a singoli da violazioni del diritto comunitario: il caso Gabrielli*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p.617 ss.

che prevedeva, in caso di trasgressione, una serie di sanzioni penali contenute nel codice della navigazione. Dopo aver inquadrato gli operatori portuali come imprese ed aver delimitato il mercato di riferimento all'attività di esecuzione delle operazioni portuali relative al trasporto merci nel porto di Genova e considerato che tale porto - tenuto conto del volume del traffico e della sua rilevanza rispetto al complesso delle attività d'importazione ed esportazione marittime in Italia - costituisce una parte sostanziale del mercato comune, la Corte ha rilevato che, nella fattispecie, le imprese erano indotte dalla normativa nazionale ad esigere il pagamento di servizi non richiesti, a fatturare prezzi sproporzionati e a non servirsi della tecnologia moderna, con conseguente aumento dei costi delle operazioni e ritardi nella loro esecuzione, oltre che a concedere riduzioni di prezzo a taluni utenti compensate da aumenti dei prezzi a carico di altri utenti⁹⁰. Pertanto, la normativa italiana aveva creato una situazione anticoncorrenziale, violando il combinato disposto dell'art. 106, paragrafo 1 con l'art. 102 TFUE⁹¹.

Il secondo filone giurisprudenziale relativo al rapporto tra diritti esclusivi ed art. 102, riguarda i casi in cui lo Stato adotta misure che incidono sulla struttura del mercato e che possono portare l'impresa ad abusare della sua posizione dominante. A differenza del primo gruppo di casi, non si tratta di un'induzione all'abuso, ma dell'ipotesi - più sfumata - di creazione di un rischio di abuso. Si censurano dunque le scelte delle pubbliche autorità idonee a produrre, in potenza, effetti distorsivi sulla concorrenza, senza che sia necessario provare, da parte di eventuali concorrenti, l'esistenza effettiva di un abuso da parte dell'impresa beneficiaria dei diritti esclusivi. I casi appartenenti a questo filone possono a loro volta essere classificati in due sottogruppi principali: le ipotesi di abuso da conflitto di interessi e quelle di abuso per mancata soddisfazione della domanda sul mercato.

⁹⁰ *Ibidem*, punto 19.

⁹¹ Nel caso di specie, poi, tale violazione è stata ritenuta giustificata sulla base del paragrafo 2, in quanto l'impresa Merci Convenzionali è stata riconosciuta come incaricata di un servizio di interesse economico generale (cfr. punti 25-28 della sentenza).

Per quanto riguarda l'abuso da conflitto di interessi, la Corte di giustizia ha considerato in contrasto con il combinato disposto degli artt. 106 e 102 TFUE le misure statali che pongono un'impresa titolare di diritti speciali o esclusivi in una situazione di conflitto di interessi, inducendola in questo modo ad adottare comportamenti abusivi. In particolare, in diverse occasioni la Corte ha dichiarato illegittime quelle misure statali che consentivano ad una determinata impresa di cumulare, in un determinato mercato rilevante, una funzione commerciale ed una funzione regolatoria⁹². Così, nel caso *RTT*⁹³, è stata ritenuta in contrasto con le disposizioni in esame la normativa statale belga che consentiva all'operatore pubblico telefonico (la *RTT*) il diritto esclusivo di fornire apparecchi terminali per connettersi alla rete di telefonia e di definire le specifiche tecniche cui gli apparecchi telefonici dovevano conformarsi per potersi allacciare alla rete. Infatti, affidare ad un'impresa che vende apparecchi terminali la definizione delle specifiche a cui tali apparecchi dovranno informarsi, oltre all'attività di controllo della loro applicazione e della loro omologazione, equivale a conferire alla medesima il potere di determinare a suo piacimento quali apparecchi terminali possano essere allacciati alla rete pubblica, conferendole un evidente vantaggio sui concorrenti⁹⁴.

Oltre che nell'ipotesi di cumulo di funzioni regolatorie e commerciali, la giurisprudenza ha ravvisato casi di abuso da conflitto di interessi anche in relazione alle diverse attività che un'impresa titolare di diritti esclusivi è chiamata a svolgere. Tali abusi sono possibili anche laddove l'impresa

⁹² Si vedano le sentenze della Corte 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *Régie des télégraphes et des téléphones (RTT)*, in *Racc.*, p. I-5941, punti 25-28; 27 ottobre 1993, causa C-69/91, *Decoster*, cit. punti 16-22; 27 ottobre 1993, cause riunite C-46/90 e 93/91, *Lagauche e altri*, cit., punti 44-51; 27 ottobre 1993, causa C-92/91, *Taillander*, cit., punti 14-16; 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, cit., punti 112-117.

⁹³ Sentenza della Corte 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *RTT*, cit., con nota di L. GYSELEN, in *CMLR*, 1992, p.1229 ss.; e di B. DELEPORTE, in *Gazette du Palais*, 1992, I, p.469 ss.

⁹⁴ *Ibidem*, punto 25. Un aspetto di primaria importanza nel ragionamento della Corte nel caso *RTT*, e più in generale nei casi di abuso cd. da conflitto di interessi, è rappresentato dall'irrilevanza della dimostrazione di un'effettiva condotta abusiva da parte dell'impresa in posizione dominante. In altri termini, l'abuso costituisce l'effetto (automatico) del diritto esclusivo attribuito all'impresa, ed implica la responsabilità della pubblica autorità che ha conferito tale diritto, senza che sia necessario dimostrare che un comportamento abusivo abbia effettivamente avuto luogo.

svolga attività di tipo puramente commerciale, come è stato affermato nei casi *ERT*⁹⁵, *GT-Link*⁹⁶, *Raso*⁹⁷ e *MOTOE*⁹⁸. Nel caso *ERT*⁹⁹, la Corte ha dichiarato illegittima la concessione all'impresa titolare del monopolio nazionale sulla televisione (ERT) del diritto esclusivo di diffondere le proprie trasmissioni proprie e del diritto esclusivo di ritrasmettere i programmi originati di altri Stati membri. Infatti, la normativa greca creava una situazione nella quale l'impresa monopolista era indotta a violare l' art. 102 TFUE, attuando una politica delle emissioni discriminatoria in favore dei propri programmi¹⁰⁰. Nel più recente caso *MOTOE*¹⁰¹, la Corte ha dichiarato illegittima la normativa greca che attribuiva ad una persona giuridica il diritto esclusivo di partecipare alle decisioni amministrative per l'autorizzazione all'organizzazione di gare motociclistiche, attraverso l'istituto del parere conforme. Tale ente, infatti, era altresì attivo direttamente nel mercato in questione, dal momento che organizzava esso stessa le gare. In questo contesto, la Corte di giustizia ha stabilito che una normativa nazionale che conferisca ad una persona giuridica, che organizza gare sportive e conclude in tale ambito contratti di sponsorizzazione, pubblicità e assicurazione, il potere di emettere un parere conforme sulle domande di autorizzazione presentate da altri enti ai fini dell'organizzazione di tali gare, viola il combinato disposto degli art. 106 e 102 TFUE. Infatti, il conferimento di un tale diritto esclusivo equivale *de facto* a conferire all'impresa il potere di designare i soggetti autorizzati ad organizzare le gare e fissare le condizioni in cui le stesse si svolgono, ed una prerogativa siffatta

⁹⁵ Sentenza della Corte 18 giugno 1991, causa C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE (ERT) c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas.*, in *Racc.*, p. I-2925, punti 27-38.

⁹⁶ Sentenza della Corte 17 luglio 1997, causa C-242/95, *GT-Link*, cit., punti 33-46.

⁹⁷ Sentenza della Corte 12 luglio 1998, causa C-163/96, *Raso*, cit., punti 27-33.

⁹⁸ Sentenza della Corte (Grande sezione) 1 luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, cit., punti 50-53.

⁹⁹ Sentenza della Corte 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, cit., con nota di M. GUILLENCHMIDT, J.C. BONICHOT, in *Les petites affiches*, 1991, n° 97 p.13-14; P.J. SLOT, in *CMLR*, 1991, p. 964 ss.

¹⁰⁰ *Ibidem*, punto 37.

¹⁰¹ Sentenza della Corte (Grande sezione) 1 luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, cit. Tra i primi commenti, L. IDOT, *Application des règles à l'organisation de compétitions sportives*, in *Europe*, 2008, n° 276, p. 28-29; A. SIBONY, in *Revue des droits de la concurrence*, 2008, n° 4, p.87 ss.; F. CHALTIEL, C. BERR, S. FRANCO, C. PRIETO, in *Journal du droit international*, 2009, p. 693 ss.

può indurre l'impresa che ne dispone a impedire l'accesso degli altri operatori sul mercato di cui trattasi o a falsare la concorrenza favorendo le gare che essa organizza o quelle alla cui organizzazione partecipa.

Per quanto riguarda il secondo sottogruppo di casi – ossia l'abuso da mancato soddisfacimento della domanda sul mercato - in diverse occasioni la giurisprudenza ha riconosciuto che sussiste violazione del combinato disposto degli artt. 106 e 102 TFUE da parte dello Stato, ogni qual volta esso attribuisca dei diritti esclusivi ad un'impresa che non è manifestamente in grado di soddisfare la domanda presente sul mercato. In casi simili, si considera che l'impresa viene necessariamente indotta ad abusare della sua posizione dominante: l'inadeguatezza della monopolista ad adempiere il compito affidatole, infatti, fa sì che quest'ultima, con il semplice esercizio del diritto di esclusiva, integri un comportamento abusivo¹⁰². L'abolizione di diritti di esclusiva, in questi casi, è ancor più urgente e necessaria quando l'impresa in questione svolga un'attività di interesse economico generale¹⁰³. Così, nella sentenza *Höfner*¹⁰⁴, la Corte ha considerato contraria all'art. 106 paragrafo 1 e 102 TFUE la legge tedesca che attribuiva ad un ufficio pubblico l'esclusiva per l'attività di collocamento del personale. Nel caso di specie, l'ufficio a cui lo Stato aveva conferito l'esclusiva non era in grado di soddisfare la domanda presente sul mercato, a danno dei cittadini richiedenti i servizi in questione e, al contempo, l'esercizio della medesima attività da parte di imprese private era resa impossibile proprio dall'esistenza regime di esclusiva.

Appartiene al secondo filone il caso *DEI c. Commissione*¹⁰⁵, recentemente deciso dal Tribunale, il cui appello è attualmente pendente avanti alla Corte di giustizia. Questa sentenza si distanzia dalla giurisprudenza precedente sul combinato disposto delle due norme, che aveva in alcuni casi accertato la violazione delle due norme per il solo fatto

¹⁰² A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato*, cit., p. 187.

¹⁰³ Su cui *infra*, § 6 ss.

¹⁰⁴ Sentenza della Corte 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner*, cit., con nota di P. SLOT, in *CMLR*, 1991, p. 964 ss.

¹⁰⁵ Sentenza del Tribunale 20 settembre 2012, causa T-169/08, *DEI c. Commissione*, non ancora pubblicata.

che uno Stato membro avesse conferito o esteso in favore di una determinata impresa dei diritti speciali o esclusivi. Nella sentenza, il Tribunale effettua una ricognizione dei precedenti pertinenti ed evidenzia che in ognuno di essi la Commissione aveva sempre indicato le forme di condotte abusive che sarebbero scaturite dal conferimento di diritti esclusivi da parte dello Stato. Nel caso di specie, invece, tale elemento farebbe difetto: il giudice osserva infatti che, nella decisione impugnata, la Commissione si è limitata a constatare che l'*incumbent* elettrico greco è titolare di una posizione dominante nel mercato dell'accesso alle riserve di lignite, una posizione conferita *ex lege* grazie all'attribuzione di un diritto esclusivo. La decisione non avrebbe invece dimostrato la forma di condotta abusiva che l'impresa in posizione dominante avrebbe verosimilmente attuato, come conseguenza dell'attribuzione del diritto esclusivo. In realtà, la posizione del Tribunale non trova pieno riscontro nella giurisprudenza precedente, che non è pienamente coerente e lineare. In alcuni casi, difatti, i giudici si erano esclusivamente soffermati sulla circostanza della creazione o estensione indebita di un diritto esclusivo, per poi concludere che l'abuso ne discendeva automaticamente. Emblematico è il caso *Hoffner*¹⁰⁶, in cui la Corte – a parte un vago riferimento al fatto che il monopolista avrebbe finito per abusare della sua posizione non essendo capace di fornire i dovuti servizi di collocamento alla domanda-, non effettua un'analisi approfondita sul punto. Si attende quindi la decisione della Corte di giustizia avanti a cui pende l'appello¹⁰⁷, che potrà annullare la sentenza del Tribunale o confermarla, apportando così una chiara punto fermo in una giurisprudenza abbastanza disomogenea.

6. L'ART. 106, PARAGRAFO 2 TFUE: LE IMPRESE INCARICATE DELLA GESTIONE DI UN SERVIZIO DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE

¹⁰⁶ Sentenza della Corte 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner*, cit.

¹⁰⁷ Il caso è pendente avanti alla Corte di giustizia con il n. C-553/12 P, *Commissione c. DEI*.

La creazione di imprese pubbliche o il conferimento ad operatori privati di diritti speciali o esclusivi, o ancora l'erogazione diretta del servizio da parte delle pubbliche amministrazioni (*in house*), non costituiscono le uniche modalità attraverso cui lo Stato può organizzare un servizio pubblico. E' infatti possibile, in alternativa, affidare ad una o più imprese l'incarico di gestire un servizio di interesse economico generale¹⁰⁸. L'affidamento di un servizio ad un'impresa privata in regime di SIEG è una tendenza in crescita nella prassi, in un momento storico come quello attuale in cui le limitate disponibilità finanziarie per le autorità pubbliche stanno portando ad una sorta di “corsa verso il privato”¹⁰⁹.

I servizi di interesse economico generale sono oggetto della previsione normativa dell'art. 106, paragrafo 2 del TFUE, il quale dispone che le imprese incaricate della gestione di un SIEG sono sottoposte alle norme del Trattato, ed in particolare alle regole di concorrenza, nella misura in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in fatto o in diritto, della specifica missione di servizio pubblico loro affidata. In ogni caso, lo

¹⁰⁸ Nel prosieguo della trattazione, l'espressione “servizi di interesse economico generale” sarà talvolta indicata con l'acronimo “SIEG”. Sul tema, oltre ai commenti citati *supra*, nota 21, si vedano: J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights and State monopolies under EC law*, Oxford, 2000; J. V. LOUIS, S. RODRIGUES, *Les services d'interet économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, 2006; A. CHAMINADE, *La notion d'obligation de service public en droit communautaire*, in *La semaine juridique*, 2006, p. 1991 ss.; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza*, cit.; G. ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, cit.; e *ivi* in particolare G. CAGGIANO, *Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizi di interesse economico generale*, p. 1; E. MOAVERO MILANESI, *I servizi di interesse economico generale*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p. 89 ss.; W. SAUTER, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, Tilburg, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozioni e principi*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2008, p. 1063; M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD, J. VANN DE GRONDEN (a cura di), *The changing legal framework for services of general interest in Europe: between competition and solidarity*, L'Aia, 2009; C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2009; L. GYSELEN, *Public Service and EU Competition law. A delicate balance*, in *JECLP*, 2010; D. GALLO, *I servizi*, cit.; L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza limitata: profili interni, comunitari ed internazionali*, Napoli, 2010; D. SORACE, *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1 ss.; E. SZYSZCAK (a cura di), *Developments in Services of general economic interest*, L'Aia, 2011; S. JANSEN, *Services of general economic interest, State aid and public procurement*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2011, p. 139 ss.

¹⁰⁹ Su cui, ampiamente, P.M. HUBER, *L'attività imprenditoriale pubblica*, cit., p. 74 ss.

sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione¹¹⁰.

Emerge quindi da subito una prima differenza con il trattamento riservato alle imprese pubbliche e a quelle titolari di diritti speciali o esclusivi (art. 106, paragrafo 1): mentre, infatti, tali imprese sono sottoposte alle regole dei Trattati ed in particolare alle norme in tema di concorrenza, quelle incaricate di un servizio di interesse economico generale (art. 106, paragrafo 2) lo sono solo se e nella misura in cui le norme sulla concorrenza non ostano alla missione di servizio pubblico loro affidata. Le società incaricate di gestire un SIEG, per esplicito dettato normativo, possono quindi godere di un trattamento “derogatorio” non solo rispetto al diritto antitrust, ma anche rispetto alle norme sulla libera circolazione, sugli aiuti di Stato e sui monopoli a carattere commerciale.

Peraltro, alcune tipologie di imprese possono ricadere sia nel primo che nel secondo paragrafo dell'art. 106, segnatamente nei casi in cui un'impresa incaricata della gestione di un SIEG sia anche beneficiaria di diritti speciali o esclusivi. In questi casi, il paragrafo 2 opera contemporaneamente e in deroga al paragrafo 1. Ad una prima lettura, il secondo paragrafo sembra quindi limitare le logiche del primo, in un certo senso limitandone la portata¹¹¹. Infatti, il secondo paragrafo potrebbe sembrare una “clausola di riserva” che consente agli Stati membri di mantenere piena competenza nell'istituire e regolare dei SIEG escludendo quindi la competenza degli organi dell'Unione.

Tuttavia, l'art. 106, paragrafo 2 può anche venire in rilievo autonomamente, a prescindere dal primo paragrafo, in tutti i casi in cui l'operatore incaricato di un SIEG non sia al contempo impresa pubblica ovvero titolare di diritti speciali o esclusivi.

¹¹⁰ La norma in commento è così formulata: “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità”.

¹¹¹ C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., p. 59.

Sebbene, quindi, l'art. 106 paragrafo 2 possa essere letto sia autonomamente, sia come deroga all'art. 106 paragrafo 1, per molto tempo esso ha rappresentato "lettera morta" non venendo, di fatto, mai applicato. Ciò in quanto, come abbiamo visto, le limitazioni al potere statale che discendono dall'art. 106 paragrafo 1 non furono attuate per lungo tempo. Quando, a seguito della sentenza *Terminali*¹¹², il potere di intervento degli Stati nell'economia cominciò ad essere fortemente limitato, il secondo paragrafo della norma in esame ha iniziato ad assumere un ruolo importante, come freno all'apertura di determinati settori del mercato¹¹³.

6.1. Le condizioni di applicazione dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE

6.1.1. *Impresa*

L'applicazione dell'art. 106, paragrafo 2 del TFUE è condizionata alla sussistenza di una serie di presupposti.

Il primo requisito consiste nella natura di impresa degli operatori incaricati della gestione di un SIEG. La nozione di impresa è stata delineata dall'interpretazione della Corte di giustizia che ne ha dato un'interpretazione estensiva. In base a giurisprudenza costante, è impresa qualunque entità che svolge un'attività economicamente rilevante, industriale o commerciale o di

¹¹² Sentenza della Corte 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, cit.

¹¹³ A partire dalla prima metà degli anni novanta, l'art. 106, paragrafo 2 ha difatti rappresentato lo strumento per attenuare la tendenza alla forte apertura al mercato ed alla concorrenza che caratterizzava l'azione comunitaria dei primi anni novanta. Nell'assicurare il giusto punto di equilibrio tra esigenze della concorrenza e servizi di interesse generale, l'art. 106, paragrafo 2 consente di cogliere, sul piano giuridico, le avvenute trasformazioni socio-economiche che hanno avuto luogo nel periodo delle liberalizzazioni. V. D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 131- 132. In realtà, l'interesse generale non è sempre antitetico rispetto alla concorrenza, né prescinde da essa in termini assoluti. Infatti, come ha precisato la stessa Corte di giustizia, l'interesse generale non può essere considerato un obiettivo autonomo, ma è un interesse di cui gli Stati membri devono tenere conto per evitare che la loro azione porti ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza: cfr. la sentenza della Corte 1 ottobre 1998, causa C-38/97, *Librandi*, in *Racc.*, p. I-5955, punto 45. La "rinascita" dell'art. 106 paragrafo 2 è testimoniata anche dalla differenza nel volume di studi dedicati alla norma: infatti, nel periodo anteriore agli anni novanta, a parte qualche raro dibattito (come i Colloqui di Bruxelles del 1963), la dottrina non si soffermava sulla norma, la quale – alla luce dell'interpretazione tradizionale e restrittiva dell'art. 106 paragrafo 1 – introduceva un'eccezione "superflua": per una ricognizione della dottrina, C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., p. 60.

prestazione di servizi, indipendentemente dalla forma giuridica e dal modo del suo finanziamento. Il modo di finanziamento di un'attività, o il fatto che la stessa, nel caso concreto, sia esercitata senza fini di lucro non vale ad escludere la sussistenza di un'attività economica (e quindi di un'impresa): è infatti sufficiente che in astratto ed in via di principio una determinata attività possa essere esercitata in vista del conseguimento di un profitto¹¹⁴.

La nozione di impresa ai fini del diritto dell'Unione è quindi fondata su parametri di tipo oggettivo – la natura economica dell'attività esercitata – anziché di tipo soggettivo – la forma societaria adottata-. Pur nelle difficoltà insite nella definizione di “attività economica”¹¹⁵, elemento costitutivo della stessa nozione di impresa, la giurisprudenza ha in più occasioni specificato che essa consiste nell'offrire beni e servizi su di un determinato mercato¹¹⁶.

6.1.2. Atto di incarico

In secondo luogo, per avvalersi della deroga dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE è necessario che l'impresa sia formalmente “incaricata” della gestione di un SIEG da parte della pubblica autorità. Attraverso l'incarico, l'autorità pubblica, portatrice dell'interesse generale, affida ad un'impresa lo svolgimento di un determinato servizio. Non è necessario che l'incarico provenga dagli organi centrali dello Stato, ben potendo derivare anche del

¹¹⁴ Sentenza della Corte 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner*, in *Racc.*, p. I-1979 e la sentenza 11 dicembre 1997, causa C- 55/96, *Job Centre*, in *Racc.*, p. I-7119, relativa all'ufficio di collocamento italiano. Si vedano anche le sentenze della Corte 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *Eurocontrol*, in *Racc.*, p. I-43, punto 18; nonché 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Italia* (Spedizionieri doganali), in *Racc.*, p. I-3851, punto 28. Per approfondimenti sulla nozione di impresa nel diritto dell'Unione europea si vedano, *ex multis*, A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 283 ss.; A. ANTONUCCI, *La nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria ed italiana*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 569 ss.; V. DI COMITE, *La nozione di impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. ita*, 2004, p. 2028 ss.; D. CORAPI, B. DE DONNO, *L'impresa* in A. TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto privato* a cura di BESSONE, vol. XXVI, t. II, Torino, 2006, p. 1202 ss.; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *Le fonti del diritto della concorrenza nella CE*, in *La Concorrenza*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* a cura di AJANI- BENACCHIO, VII, Torino, 2006, p. 7 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, pp. 639-644.

¹¹⁵ Così, F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici*, cit. In virtù del fatto che la nozione di “attività economica” è altresì funzionale all'individuazione concreta di quei servizi che possono dirsi di interesse economico generale, tale concetto verrà più approfonditamente esaminato nel successivo §3.

¹¹⁶ *Ex multis*, sentenza della Corte 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 - C-184/98, *Pavlov e a.*, cit., punto 75; 25 ottobre 2001, *Ambulanz Glockner*, cit., punto 19.

provvedimento di un'autorità pubblica locale¹¹⁷, a condizione che l'attribuzione avvenga nell'esercizio delle funzioni proprie dell'ente. Relativamente alla natura giuridica dell'atto di incarico, è stata adottato un approccio estensivo, tale da ricomprendere non solo la legge e gli atti ad essa equiparati¹¹⁸, ma anche gli atti amministrativi, le concessioni¹¹⁹ o qualsiasi altro strumento di diritto pubblico¹²⁰.

Quanto alla possibilità che un atto di diritto privato della p.a. costituisca un "atto di incarico" ai sensi dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE, per molto tempo, in assenza di un chiara presa di posizione da parte della Corte, la dottrina è stata divisa tra coloro che ne sostenevano l'ammissibilità e coloro che negavano questa possibilità¹²¹. Nella sentenza *Comune di Almelo*¹²², la Corte di giustizia ha adottato un approccio funzionale, che supera il *nomen iuris* dell'atto di incarico: ciò che conta, ai fini dell'art. 106, paragrafo 2, non è tanto la natura pubblicistica o privatistica dell'atto di incarico, quanto piuttosto che l'autorità lo abbia emanato nella sua potestà di imperio e non invece nello svolgimento di un'attività puramente commerciale.

Per quanto riguarda, invece, i caratteri sostanziali dell'atto di incarico, è necessario che la pubblica autorità individui esattamente le imprese

¹¹⁷ Cfr. ad esempio, la decisione della Commissione n. 82/777/CE del 4 novembre 1992, in GUCE L 325 del 20 novembre 1982, p. 20, punto 65. L'assimilazione degli enti locali all'amministrazione centrale dello Stato, come è noto, è ammessa in via generale nel diritto dell'Unione, anche in settori diversi dai SIEG: ad esempio, in materia di aiuti di Stato, in cui non rileva il fatto che l'aiuto provenga da organi dello Stato centrale o espressione delle autonomie locali; oppure in materia di mercato interno, in cui le restrizioni delle libertà di circolazione da parte delle autorità locali rendono responsabili gli Stati per infrazione.

¹¹⁸ Si vedano in particolare le sentenze della Corte 14 luglio 1971, causa 10/71, *Muller*, in *Racc.*, p. 730, punto 10; 10 febbraio 2000, cause riunite C-147/97 e C-148/97, *Deutsche Post*, in *Racc.*, p. I-825, punto 45.

¹¹⁹ Cfr. la sentenza della Corte 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, in *Racc.*, p. I-1477, punto 47.

¹²⁰ Si veda in proposito la sentenza nella causa C-159/94, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, p. I-5815, punti 65 e 66.

¹²¹ Ammettono l'idoneità di atti di diritto privato della p.a. a conferire l'incarico della gestione di un SIEG, M. PAPACOSTANTINO, *Free trade and competition policy in the EEC. Law, policy and practice*, Londra, 1988, p. 83; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 25 ss.; J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights*, cit., p. 285; G. NAPOLITANO, *Pubblico servizio*, cit., p. 75; M. CAPANTINI, *Attività amministrative private nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, p. 71 ss.; D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 138.

¹²² Cfr. la sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, cit., punto 31.

incaricate e definisca con chiarezza e precisione il contenuto degli obblighi di servizio pubblico imposti alle stesse. Non è sufficiente, in proposito, né una generica autorizzazione da parte dello Stato all'esercizio di un SIEG, né un'approvazione a posteriori da parte della pubblica autorità dello svolgimento di un tale servizio da parte di imprese operanti sulla base di un'iniziativa di tipo privato¹²³.

6.1.3. Lo svolgimento di un "servizio di interesse economico generale". La nozione di "servizi di interesse economico generale" tra prerogative statali e controllo dell'Unione europea. La distinzione tra SIEG ad attività rilevanti dei pubblici poteri

La terza condizione di applicabilità dell'art. 106 paragrafo 2 TFUE prevede che l'incarico riguardi lo svolgimento di un servizio definibile come "di interesse economico generale". Sebbene i SIEG siano menzionati in svariate disposizioni del TFUE, essi non sono in alcun modo definiti o descritti nel diritto primario dell'Unione.

Una simile mancanza non è, invero, una "lacuna" dei Trattati; è piuttosto una consapevole scelta politica dal significato e portata molto rilevanti. La mancata definizione dei SIEG è una chiara indicazione del fatto che, nello stabilire quali servizi siano qualificabili come di "interesse economico generale" e come gli stessi debbano essere organizzati, la competenza appartiene agli Stati anziché all'Unione¹²⁴. L'organizzazione dei servizi pubblici, infatti, rileva della competenza degli Stati membri e delle rispettive articolazioni interne, maggiormente vicini ai bisogni ed alle esigenze dei cittadini-utenti dei servizi pubblici che essi offrono e si impegnano a garantire.

Il diritto dell'Unione lascia quindi impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire quali attività essi ritengano essere servizi di interesse economico generale, il modo secondo cui tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, nonché gli obblighi specifici di servizio pubblico

¹²³ In tal senso, D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 138. A titolo di esempio, la sentenza della Corte 2 marzo 1983, causa 7/82, *GVL c. Commissione*, in *Racc.*, p. 483, punti 30 e 31.

¹²⁴ C. IANNONE, *Intervento pubblico*, cit., p. 63.

siano soggette le imprese incaricate. Gli Stati sono dunque pienamente legittimati dai Trattati a prendere in considerazione, nella determinazione dei servizi di interesse economico generale, gli obiettivi specifici della loro politica nazionale¹²⁵.

Tuttavia, la tematica dei pubblici servizi rileva anche del diritto dell'Unione nella misura in cui determinate imprese incaricate dello svolgimento di un SIEG beneficiano di diritti speciali o esclusivi, oppure di finanziamenti pubblici che le pongono in una posizione più favorevole rispetto ad altre imprese concorrenti che svolgono (o che vorrebbero svolgere) la stessa attività nel mercato. È per questo motivo che la libertà degli Stati membri di definire i servizi di interesse economico generale non si traduce in discrezionalità, ma è soggetta ad alcuni limiti imposti dal diritto dell'Unione¹²⁶.

Un primo limite alla libertà degli Stati membri di definire i SIEG si incontra nell'esercizio da parte dell'Unione di competenze settoriali in una

¹²⁵ Questa interpretazione è ribadita dalle recenti modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona. Il nuovo art. 14 TFUE e il Protocollo sui servizi di interesse economico generale allegato ai Trattati riconoscono infatti in modo esplicito la competenza nazionale nell'organizzazione di questi servizi e sanciscono il rispetto di tale competenza da parte dell'Unione. V. *infra*, cap. 3.

¹²⁶ Nella sentenza *Francia c. Commissione*, la Corte di giustizia ha dichiarato che l'art. 106, paragrafo 2 del TFUE, nel consentire una deroga condizionata alle norme generali dei Trattati, tende a contemperare l'interesse degli Stati membri a servirsi di determinate imprese come strumento di politica economica, con l'interesse dell'Unione all'osservanza delle regole di concorrenza e del mantenimento dell'unità del mercato interno: Sentenza della Corte 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-1223. Sulla sentenza, A. WINKLER, R. SUBIOTTO, *European Control of Monopolistic Utilities: France v. Commission*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 1991, p.212-214; A. MATTERA RICIGLIANO, *L'arrêt "Terminaux de télécommunications" du 19 mars 1991 : interprétation et mise en oeuvre des articles 30/36 et 90 du traité CEE*, in *RDMUE*, 1991, p.245-250; M. DE GUILLENCHMIDT, J.C. BONICHOT, in *Les petites affiches*, 1991, p.26-27; A. PAPPALARDO, *Monopoli addio?*, in *Europaforum*, 1991, p.36-38; P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art.90 del Trattato CE*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p.379-396. Si vedano anche le Conclusioni dell'Avvocato generale, presentate l'8 maggio 2001 nella causa C-53/00, *Ferring*, in *Racc.*, p. I-9067, in cui si rileva che, in assenza di un'armonizzazione a livello dell'Unione, spetta agli Stati membri definire le missioni di interesse generale che intendono affidare a determinate imprese; pertanto le istituzioni dell'UE non sono legittimate a pronunciarsi sui contenuti degli obblighi di servizio pubblico gravanti sulle imprese incaricate di un SIEG, in particolare sul livello dei costi connessi al servizio, né sull'opportunità politica delle scelte nazionali, né, infine, sull'efficacia economica dell'impresa.

determinata materia¹²⁷. Se un settore, infatti è oggetto di armonizzazione a livello dell'Unione (ciò che è avvenuto nei settori del mercato oggetto di liberalizzazione), gli Stati membri non sono più liberi di classificarlo o meno come di SIEG per beneficiare della deroga ai principi di concorrenza, prevista dall'art. 106 paragrafo 2 TFUE. Eventuali misure derogatorie alla concorrenza possono difatti essere applicate solo se previste dalla disciplina *ad hoc* contenuta nelle specifiche direttive di settore¹²⁸.

Anche nei settori non armonizzati, la libertà degli Stati membri di definire ed organizzare i SIEG non è senza limiti. In assenza di un controllo da parte dell'Unione, infatti, gli Stati membri potrebbero adottare una definizione eccessivamente ampia di SIEG e, pertanto, sfuggire all'applicazione parziale o integrale del diritto della concorrenza in rilevanti settori di mercato. Per quanto riguarda il grado di controllo che le Istituzioni dell'Unione devono esercitare in questo contesto, dalla giurisprudenza risulta che, sebbene gli Stati membri abbiano un ampio margine di discrezionalità nel definire le missioni di servizio pubblico, tale definizione può essere sindacata dalla Commissione e dalle giurisdizioni dell'Unione in caso di errore manifesto¹²⁹. Tuttavia, per permettere alle

¹²⁷ G. CAGGIANO, *La disciplina*, cit., p. 79 ss. Sentenza della Corte 18 maggio 2000, causa C-206/98, *Commissione/Belgio*, par. 45.

¹²⁸ Di seguito, i principali strumenti di armonizzazione adottati dall'Unione europea con riferimento ad alcuni servizi di interesse economico generale: Regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (in GU L 315 del 3 dicembre 2007, p. 1-13); Regolamento (CEE) n. 2408/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie (in GU L 240 del 24 agosto 1992, p. 8-14); Direttiva 95/18/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie (in GU L 143 del 27 giugno 1995, p. 70-74); Direttiva 95/19/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, riguardante la ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e la riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura (in GU L 143 del 27 giugno 1995, p. 75-78); Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (in GU L 176 del 15 luglio 2003, p. 37-56); Direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del consiglio, del 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (in GU L 204 del 21 luglio 1998, p. 1-12); Direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio (in GU L 15 del 21 gennaio 1998, p. 14-25).

¹²⁹ V. le sentenze del Tribunale 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, e 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Fred Olsen*, par. 216 e la giurisprudenza ivi citata.

Istituzioni di svolgere questo controllo, spetta agli Stati provare, quando invocano l'esistenza di una missione di servizio pubblico, che tale missione soddisfi i criteri minimi stabiliti dall'art. 106, e dimostrare che tali criteri sono effettivamente soddisfatti nel caso concreto¹³⁰. Ed infatti, la Corte ha in diverse occasioni limitato il ricorso a questa definizione¹³¹.

Ad ogni modo, la concreta limitazione del perimetro delle attività “di interesse economico generale” si è sempre rivelata molto difficile¹³²; considerando che da essa discendono conseguenze importanti sull'applicabilità o meno delle regole di concorrenza in attività molto importanti dal punto di vista politico-sociale. Anche le più recenti norme di diritto primario in materia di SIEG (Art. 14 TFUE, art. 36 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione, il Protocollo sui servizi di interesse economico generale) confermano in significato “costituzionale” della distinzione tra “attività economiche” ed “attività non economiche”, quale linea di demarcazione tra la competenza statale e quella dell'Unione. Per questo, la distinzione in parola è carica di significato politico ed ideologico; ed ogni definizione corrisponde in sostanza ad una scelta politico-sociale¹³³.

¹³⁰ C. IANNONE, *Intervento pubblico*, cit., p. 65. Si veda la sentenza 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, in *Racc.*, p. I-81, in cui il Tribunale ha evidenziato come spetti allo Stato membro indicare le ragioni per cui ritenga che un determinato servizio debba essere considerato di interesse economico generale e, quindi, distinto dalle attività puramente economiche (sottoposte invece in toto al rispetto delle norme del Trattato). In assenza di un tale onere probatorio, sarebbe impossibile per le istituzioni dell'Unione esercitare un controllo sulla sussistenza di un errore manifesto da parte dello Stato nell'esercizio del suo potere discrezionale.

¹³¹ Ad esempio, sentenza della Corte 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Porto di Genova*, par. 26-27. V. anche la sentenza della Corte 27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT II*, in *Racc.*, p. 313, par. 23.

¹³² Si veda sul punto lo studio di V. HATZOPOULOS, *The concept of 'economic activity' in the EU Treaty: From ideological dead-ends to workable judicial concepts*, in *Bruges Research Papers*, n. 6/2011, p. 2; in cui l'autore ricostruisce la distinzione tra attività di tipo economico e non economico, verificando se tale distinzione sia la stessa in tutte le aree del diritto dell'Unione. Secondo parte della dottrina non può esistere una nozione comunitaria di SIEG che vada oltre una “scarna essenzialità”, in quanto verrebbe altrimenti contraddetto il ruolo degli Stati membri, fondato sul principio di sussidiarietà verticale e del sistema multilivello dell'Unione europea: D. SORACE, *I servizi “pubblici” economici*, cit., p. 3

¹³³ Secondo V. HATZOPOULOS, *The concept of 'economic activity'*, cit., p. 8, questa distinzione è peraltro diversa in ogni Stato membro, secondo le rispettive scelte di politica sociale. Tuttavia, sebbene ad un primo esame L'Unione potrebbe mancare di strumenti tecnici e normativi per prendere parte a questo dibattito, l'aumento delle competenze comunitarie al di fuori dei settori squisitamente economici, hanno portato le Istituzioni a voler “circoscrivere” questo dibattito. In questo senso, un primo passo dell'Unione è stato

La Corte di giustizia, pur nelle incertezze che la definizione di “interesse economico generale” implica, ha stabilito due importanti punti fermi che rendono un’attività non-economica e, quindi, non suscettibile di essere qualificata come SIEG: da un lato, l’esercizio di un’autorità pubblica espressione della potestà di imperio della p.a. (servizi “strategici”); dall’altro i servizi espressione della solidarietà sociale (servizi sociali). In entrambi queste ipotesi, si è al di fuori dell’applicazione delle norme dei Trattati sulla concorrenza e quindi al di fuori della competenza dell’Unione. In questi ambiti infatti vige la più completa libertà degli Stati membri sulle modalità di organizzazione e di finanziamento di tali servizi.

Pertanto, possono individuarsi diverse categorie di attività, a cui si applicano, dal punto di vista del diritto della concorrenza, regimi molto diversi.

a) Attività rientranti nell’esercizio di pubblici poteri

La Corte di giustizia ha dichiarato che talune attività costituiscono un esercizio delle prerogative pubblicistiche e pertanto sono *in toto* sottratte all’applicazione delle regole del mercato. Ad esempio, sono state considerate prerogative intrinseche dei pubblici poteri alcune attività come la sicurezza interna ed esterna, l’amministrazione della giustizia e le relazioni estere, ma anche l’istruzione, il controllo del traffico aereo¹³⁴, la sorveglianza sui livelli di inquinamento¹³⁵ e i regimi di base della previdenza sociale. Anche per queste attività, l’assenza di carattere economico sottrae *sic et simpliciter* l’attività all’applicazione delle regole del mercato, senza che sia necessario rispettare i limiti di cui all’art. 106, paragrafo 2, TFUE¹³⁶.

b) Servizi sociali di interesse generale

quello di “coniare” delle definizioni autonome e cercare di precisare il contenuto di tale terminologia. Anche il termine “servizi di interesse economico generale” è stato riempito di significato dall’Unione nei primi anni novanta, come opposto rispetto al concetto di “servizi sociali di interesse generale”.

¹³⁴ Causa C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, in *Racc.*, p. I-43; Causa C-481/07P, *Selex Sistemi Integrati SpA. C. Commissione*, in *Racc.*, p. I-2207.

¹³⁵ Causa C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, in *Racc.*, p. 1547.

¹³⁶ Ciò a prescindere dall’esame dell’incidenza delle regole di concorrenza sull’esercizio dell’attività; cfr. A. PAPPALARDO, *Commento all’art. 90*, cit., p. 690; C. IANNONE, *Intervento pubblico*, cit., p. 68.

Una categoria affine ma diversa dai servizi di interesse economico generale è rappresentata dai servizi sociali. Difatti, sebbene anche nei SIEG sia presente un elemento di tipo sociale, si tratta pur sempre di attività di tipo economico; mentre in questa categoria si tratta di servizi in cui è preponderante l'elemento della solidarietà¹³⁷. In base alla giurisprudenza, l'organizzazione di un regime pensionistico di base resta al di fuori delle regole del mercato¹³⁸, così come un'assicurazione obbligatoria sui rischi degli incidenti sul lavoro¹³⁹; e l'attività di case di cura per anziani¹⁴⁰. Non sono invece considerate attività economiche, ad esempio, la gestione di fondi pensione volontari o complementari¹⁴¹.

E' comunque difficile capire in anticipo quando un servizio è meramente "sociale" e quando invece è di interesse economico generale. Dal filone giurisprudenziale relativo ai fondi pensione ed alle assicurazioni salute, emergono tuttavia una serie di elementi che fungono da indicatori della natura sociale (e quindi non economica) di un servizio: i) l'obiettivo sociale perseguito; b) la natura obbligatoria anziché volontaria delle prestazioni; c) il fatto che l'ammontare dei versamenti effettuati dal cittadino siano legati al suo reddito, e non all'ammontare del rischio coperto dall'assicurazione; d) la circostanza che le prestazioni erogate a favore del contribuente non siano commisurate all'ammontare dei versamenti da esso effettuati; e) il fatto che i versamenti e le contribuzioni siano sotto la supervisione dello Stato; g) la circostanza che i fondi siano immediatamente redistribuiti anziché investiti; i) la presenza di sovvenzioni incrociate con altri fondi¹⁴².

¹³⁷ Sul tema della *solidarity* in ambito comunitario, T. HERVEY, "Social Solidarity": *A Buttress against Internal Market Law?* in J. SHAW, (a cura di), *Social Law and Policy in an Evolving EU* Oxford, 2000, p. 31 ss.; M. DOUGAN, 'Expanding the Frontiers of EU Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?' in C. BARNARD, O ODUDU, (a cura di) *The Outer Limits of EU Law*, Oxford, p. 119 ss.

¹³⁸ Joined Cases C-159/91 and C-160/91 *Poucet and Pistre* [1993] ECR I-637.

¹³⁹ Case C-218/00 *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas v. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)* [2002] ECR I-691; Case C-350/07 *Kattner Stahlbau GmbH* [2009] ECR I-1513.

¹⁴⁰ Case C-70/95 *Sodemare SA* [1997] ECR I-3395

¹⁴¹ Sentenza della Corte 21 settembre 1999, causa C-67/96, cit., *Albany*.

¹⁴² V. HATZOPOULOS, *The concept of 'economic activity'*, cit., p. 12-13.

c) Servizi di interesse economico generale

La giurisprudenza ha invece considerato servizi di interesse economico generale le seguenti attività: il monopolio sulla pubblicità televisiva¹⁴³; i servizi portuali di ormeggio, qualora gli ormeggiatori siano tenuti a prestare in ogni momento ed a qualsiasi utente lo richieda il servizio in questione¹⁴⁴, l'attività di distribuzione dell'acqua¹⁴⁵; la gestione di alcune linee di trasporto aereo non redditizie¹⁴⁶; l'attività di distribuzione dell'elettricità¹⁴⁷; alcuni servizi aeroportuali¹⁴⁸; il servizio postale di base¹⁴⁹; l'attività di gestione di un fondo pensione integrativo o volontario¹⁵⁰; l'attività di collocamento all'impiego¹⁵¹; il servizio di ambulanza, limitatamente ai trasporti d'urgenza¹⁵²; l'attività di gestione dei rifiuti, in particolare nei casi in cui essa deve far fronte a problematiche di tipo ambientale¹⁵³.

¹⁴³ Sentenza della Corte 30 aprile 1974, causa C-155/73, *Sacchi*, in *Racc.*, p. 409.

¹⁴⁴ Sentenza della Corte 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries*, cit., par. 45.

¹⁴⁵ Decisione della Commissione 82/371 *Naweva-ansenanau*, G.U.C.E. n. 167 del 15 giugno 1982, par. 66.

¹⁴⁶ Sentenza della Corte 11 aprile 1989, causa 66/86, *Abmed Saeed*, cit., par. 55-57.

¹⁴⁷ Sentenza della Corte 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, cit., par. 47-49: "Quanto al se un' impresa, (...) sia stata incaricata della gestione di servizi di interesse generale, va ricordato che essa ha ricevuto, attraverso una concessione di diritto pubblico non esclusiva, il compito di provvedere alla fornitura di energia elettrica in una parte del territorio nazionale. Al riguardo occorre rilevare che tale impresa deve garantire l' approvvigionamento continuo di energia elettrica in tutto il territorio oggetto della concessione, a tutti gli utenti, distributori locali o consumatori finali, nelle quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizioni che possono variare solo secondo criteri obiettivi applicabili all' intera clientela". Sulla classificazione del servizio di distribuzione dell'energia elettrica come SIEG, cfr. anche la sentenza della Corte 23 ottobre 1997, causa C-175/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Racc.*, p. I-5699.

¹⁴⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione – Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici di avviamento concessi alle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali (2005/C 312/01) par. 34.

¹⁴⁹ Sentenza della Corte 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, cit., par. 15: "Per quanto concerne i servizi di cui trattasi nella causa principale, è indiscutibile che la *Régie des postes* sia incaricata di un servizio di interesse economico generale che consiste nell'obbligo di effettuare la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza, a favore di tutti gli utenti, su tutto il territorio dello Stato membro interessato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione".

¹⁵⁰ Sentenza della Corte 21 settembre 1999, causa C-67/96, cit., *Albany*.

¹⁵¹ Sentenza della Corte, causa C-41/90, *Hoefner*, cit., par. 24 ss.

¹⁵² Sentenza della Corte, causa C-475/99, *Ambulanx Gloekner*, cit.

¹⁵³ Sentenza della Corte 23 maggio 2000, causa C-209/98, *Affalds*, in *Racc.*, p. I-3743, par. 75.

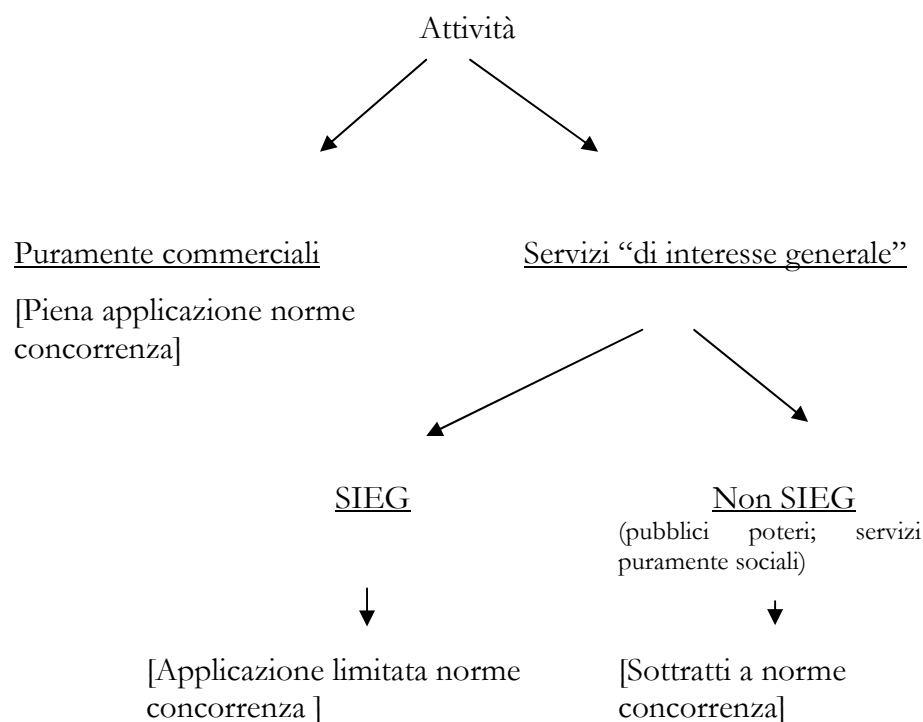
Anche determinati servizi sociali possono in talune circostanze essere qualificati come SIEG; in base alla concrete modalità di erogazione del servizio.

d) Attività economiche

Al di fuori delle attività sopra elencate, vi sono le attività puramente commerciali, a cui non si applica alcuna deroga alle norme sulla concorrenza e che sono invece sottoposti integralmente alle regole del mercato.

e) Conclusioni

L'importanza della ricostruzione della nozione di “servizio di interesse economico generale” si ripercuote, in definitiva, sulla disciplina applicabile ad una determinata attività. Si possono in proposito distinguere tre diverse tipologie di attività. In primo luogo, le attività economiche puramente commerciali, sottoposte integralmente alle regole del mercato e al rispetto delle norme del Trattato. In secondo luogo, le attività economiche che costituiscono al contempo un servizio di interesse economico generale, le quali sono sottoposte ad un regime di deroga parziale alla concorrenza, derivante dall'art. 106, paragrafo 2 TFUE o dalle direttive settoriali di armonizzazione. In terzo luogo, le attività aventi natura non economica e quelle riconducibili all'esercizio delle prerogative pubbliche, che sono sottratte a pieno titolo alle regole del mercato. La suddivisione delle tipologie di attività ai sensi del diritto comunitario della concorrenza può, in definitiva, essere rappresentata in base allo schema che segue:



6.1.4. Ostacolo alla missione di interesse pubblico affidata all'impresa

La quarta condizione prevista dall'art. 106, paragrafo 2 per poter validamente derogare alle norme in materia di concorrenza richiede che tali regole siano un “ostacolo” alla missione di interesse generale affidata dall'autorità pubblica all'operatore economico. Se, quindi, il rispetto delle disposizioni in materia di concorrenza e libertà di circolazione non impedisce il compimento della missione di servizio pubblico affidata al gestore, l'operatore è obbligato al rispetto di tali norme: la missione di servizio pubblico, in altri termini, non può costituire una “zona franca” nella quale non si applicano, *sic et simpliciter*, le norme dei Trattati. Come vedremo più ampiamente nel prosieguo, infatti, i settori economici rilevanti per l'interesse generale sono spesso settori economici redditizi, che attraggono non solo le imprese incaricate di un SIEG, ma anche operatori privati che non hanno un tale incarico. Tali imprese, quindi, si pongono in concorrenza tra loro e sarebbe iniquo e contrario al principio di non discriminazione – oltre che a quello della libera concorrenza - ammettere

situazioni di privilegio incondizionate per gli operatori incaricati della gestione di un SIEG. La definizione del concetto di “ostacolo alla missione” affidata alle imprese incaricate di un SIEG è quindi centrale ai fini dell’applicazione della deroga di cui al secondo paragrafo dell’art. 106 TFUE. Un’interpretazione più o meno estensiva porta i confini dell’art. 106 paragrafo 2 a dilatarsi o restringersi¹⁵⁴.

In proposito, la Corte di giustizia ha adottato un’interpretazione evolutiva. In una prima serie di pronunce, essa considerava “ostacolo” solo una incompatibilità assoluta tra l’applicazione delle norme sulla concorrenza e la missione di pubblico servizio; successivamente, ha iniziato a considerare come “ostacolo al compimento della missione” ogni norma che rendesse non impossibile, ma semplicemente più difficile lo svolgimento della missione stessa.

6.1.5. Il pregiudizio agli scambi nell’Unione

L’ultima condizione di applicazione dell’art. 106 paragrafo 2, menzionata nell’ultima parte della norma, prevede che la restrizione al regime della libera concorrenza e del mercato è ammissibile solo se ed in quanto essa non comprometta lo sviluppo degli scambi “in misura contraria agli interessi dell’Unione”¹⁵⁵.

L’inciso finale dell’art. 106 TFUE mostra chiaramente l’origine compromissoria della norma, che da un lato apre alla concorrenza (106.1), dall’altro introduce una deroga a questa apertura (106.2) ma sancisce comunque che l’applicazione della deroga – che necessariamente ha un impatto restrittivo sugli scambi nell’UE – non può compromettere il commercio intra-comunitario in maniera eccessiva.

Diventa quindi fondamentale definire il concetto di “interesse dell’Unione”, alla luce del quale valutare il grado di compromissione degli

¹⁵⁴ Così D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 135.

¹⁵⁵ Secondo parte della dottrina, dalla formulazione letterale della norma si può dedurre che lo svolgimento di un SIEG da parte di un’impresa non produca necessariamente effetti negativi sugli scambi nell’UE: *Ibidem*, p. 139.

scambi. Questo concetto non può limitarsi ad una sommatoria degli interessi dei singoli Stati membri, né delle imprese incaricate; né può identificarsi con “l’interesse del mercato interno”, dal momento che quest’ultimo, identificandosi con lo sviluppo degli scambi, non ammette deroghe nemmeno se di importanza minore¹⁵⁶, mentre, come si è visto, nell’ambito dell’art. 106, paragrafo 2, lo sviluppo degli scambi può essere limitato senza che l’interesse dell’Unione sia messo in discussione. Né può essere l’espressione in questione riferibile in generale agli obiettivi e azioni di cui all’art. 3 TUE: questa interpretazione, eccessivamente ampia, contraddice infatti la stessa *ratio* dell’art. 106, paragrafo 2, il quale ha, appunto, lo scopo di salvaguardare alcune forme di intervento pubblico nell’economia anche laddove ciò comporti una restrizione delle condizioni di concorrenza e delle libertà di circolazione¹⁵⁷. In definitiva, quindi, “l’interesse dell’Unione” non può essere altro che una nozione autonoma di diritto dell’Unione, prevalente sui singoli interessi nazionali. In questo quadro di riferimento, la nozione in parola si identifica con le finalità proprie dell’insieme delle norme dei Trattati relative ai rapporti tra Stati membri ed Unione in materia di intervento pubblico nell’economia¹⁵⁸. Si tratta in buona sostanza di una nozione più politica che giuridica, che sfugge ad una definizione di principio, cristallizzata ed immutabile, e che deve invece essere valutata e definita caso per caso¹⁵⁹.

Ad ogni modo, la giurisprudenza ha chiarito che spetta alla Commissione europea l’obbligo di definire l’interesse dell’Unione alla luce del quale valutare lo sviluppo degli scambi, in quanto l’art. 106, paragrafo 3

¹⁵⁶ Come è noto, non esiste nel diritto del mercato interno dell’Unione una regola “*de minimis*”, come avviene invece in materia di concorrenza. Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, cit., p. 430; in giurisprudenza, si vedano le sentenze 5 giugno 1986, causa 103/84, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. 1759, punto 18; 14 marzo 1985, causa 269/83, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, p. 837, punto 10; 13 dicembre 1989, causa 49/89 *Corsica Ferries*, in *Racc.*, p. 4441, punto 8; 15 febbraio 2000, causa C-169/98, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, p. I-1049.

¹⁵⁷ In questo senso, C. IANNONE, *Intervento pubblico*, cit., p. 79.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 140. Nello stesso senso, G. RASQUIN, *La nozione di interesse della Comunità*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, pp. 194-195.

¹⁵⁹ In questo senso, J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights*, cit., p. 343.

affida proprio alla Commissione l compito di vigilare sull'applicazione di tale articolo¹⁶⁰.

6.2. L'efficacia diretta dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE

Dopo aver esaminato gli elementi costitutivi dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE, è necessario verificare se la norma possa essere applicata anche dai giudici nazionali oppure se vi sia una competenza esclusiva della Commissione. È infatti possibile che controversie relative alla gestione di un servizio di interesse economico generale sorgano tra privati, e ciò è tanto più verosimile in quanto l'attività svolta in regime di SIEG (e quindi in parziale deroga alle regole del libero mercato) è per sua natura un'attività di tipo economico, che può - o potrebbe - essere svolta da una molteplicità di operatori. Ad esempio, le imprese concorrenti a quella incaricata della gestione di un SIEG potrebbero voler far cessare l'esenzione dalle regole del libero mercato di cui quest'ultima beneficia; oppure potrebbero essere gli stessi cittadini-utenti a chiedere o contestare l'applicazione dell'art. 106, paragrafo 2 avanti ai giudici nazionali.

In tutti questi casi, ammettere una competenza esclusiva della Commissione significherebbe lasciare il privato senza una tutela effettiva: il singolo persona fisica o persona giuridica potrebbe soltanto denunciare la situazione alla Commissione, la quale sarebbe tuttavia libera di dar corso o meno alle denunce presentate.

Se il riconoscimento di un'efficacia diretta dell'art. 106, paragrafo 1, è stato più immediato¹⁶¹, non altrettanto può dirsi del paragrafo 2.

¹⁶⁰ A. GARDELLA, *Articolo 86*, cit., p. 590. In giurisprudenza si vedano le sentenze della Corte 27 ottobre 1997, causa C-157/94, *Commissione c. Paesi bassi*, in *Racc.*, p. I-5699, punto 69, con commento di P.J. SLOT, *Cases C-157/94, Commission v. Netherlands; C-158/94, Commission v. Italy; C-159/94, Commission v. France; C-160/94, Commission v. Spain; C-189/95 H. Franzén*, in *CMLR*, 1998, p. 373 ss. Nello stesso senso, Corte di giustizia, causa C-159/94, *Commissione c. Francia*, cit.; causa C-158/94, *Commissione c. Italia (ENEL)*, cit.

¹⁶¹ L'efficacia diretta dell'art. 106, paragrafo 1, è ormai parte dell'*acquis* del diritto dell'Unione, come per tutte le altre norme in materia di concorrenza. Cfr. ad esempio, la

In proposito, la giurisprudenza ha subito un significativo mutamento di indirizzo. In una prima fase, infatti, la Corte aveva negato che la norma conferisse situazioni giuridiche soggettive ai singoli, direttamente azionabili davanti ai giudici nazionali¹⁶². La Corte riteneva infatti che, stante le complesse valutazioni relative agli interessi in gioco, la valutazione degli interessi in causa fosse di esclusiva competenza della Commissione, non diversamente da quanto accadeva – sino al 2003 - in materia *antitrust* nell'applicazione delle regole derogatorie ai principi di libera concorrenza¹⁶³. Successivamente, tuttavia, la Corte ha mutato orientamento giungendo a riconoscere la diretta applicabilità dell'art. 106, paragrafo 2, equiparando così la deroga in esso contenuta alle altre norme del Trattato¹⁶⁴. Nella sentenza *BRT c. SABAMA*, la Corte ha rilevato che nell'ambito dell'art. 90 CEE (oggi art. 106 TFUE), i divieti in esso sanciti “*hanno efficacia diretta ed attribuiscono ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*”¹⁶⁵. In seguito, con la sentenza *Abmeed Saed*, la giurisprudenza ha chiarito che i giudici nazionali possono in particolare pronunciarsi sulla nozione di “*ostacolo all'adempimento della missione di interesse generale*”, la quale è elemento costitutivo dell'art. 106, paragrafo 2¹⁶⁶. Inoltre, se ravvisano la sussistenza degli

sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-401/93, *Van Schijndel*, in *Racc.*, p. I-4705, punti 13-15.

¹⁶² Sentenza della Corte 14 luglio 1971, causa 10/71, *Muller*, in *Racc.*, p. 723; ed in particolare i punti 15 e 16; commentata da L. A. GEELHOED, in *CMLR*, 1972, p.484-486; v. anche G. POLETTI, *Norme sulla concorrenza e imprese pubbliche (art. 90, par. 2, del Trattato della CEE)*, in *Il diritto negli scambi internazionali*, 1971, p.480 ss.

¹⁶³ Si pensi ad esempio all'art. 81, paragrafo 3 del TCE. Come è noto, infatti, solo con il regolamento n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 del Consiglio (in GUCE L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1) concernente l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, si è posto fine al monopolio della Commissione nell'applicazione delle eccezioni ai principi del diritto della concorrenza; e si è passati da un regime centralizzato di notifica preventiva ed autorizzazione ad un regime di eccezione legale direttamente applicabile. Sul regolamento si vedano *ex multis*, G. L. TOSATO, *Il processo di modernizzazione*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004, p. 28 ss.; A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007.

¹⁶⁴ D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 142.

¹⁶⁵ Sentenza della Corte 27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT c. SABAMA*, in *Racc.*, p. 313, punto 18. Si veda anche la sentenza della Corte 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, in *Racc.*, p. 409, punto 18.

¹⁶⁶ Sentenza della Corte del 11 aprile 1989, causa 66/86, *Abmed Saed*, cit., punti 53-57. Sul caso, L. HANCER, *Article 90*, in *European Competition Law Review*, 1990, p. 35 ss.

elementi costitutivi della deroga in parola, i giudici nazionali possono senz'altro concederla, senza attendere il previo intervento della Commissione¹⁶⁷. Nella sentenza *ERT*, la Corte ha rilevato che spetta al giudice nazionale valutare la compatibilità delle pratiche poste in essere da un'impresa incaricata di un SIEG, con l'art. 106 TFUE e, in caso di incompatibilità, verificare se tali pratiche possano essere giustificate dall'adempimento della missione di interesse generale affidata all'impresa¹⁶⁸.

In dottrina ci si è chiesti se la diretta applicabilità dell'art. 106, paragrafo 2, riguardi anche la sua frase finale, ossia il concetto di “*interesse dell'Unione*” che non deve essere compromesso dall'applicazione della deroga ai principi della concorrenza¹⁶⁹. Sulla questione, la giurisprudenza dell'Unione non si è mai pronunciata espressamente. Ha tuttavia chiarito che spetta alla Commissione, anche alla luce del potere riconosciutole *ex art.* 106, paragrafo 3 TFUE, il compito di definire l'interesse dell'Unione al fine di valutare se lo sviluppo degli scambi sia stato compromesso. Più precisamente, alla Commissione spetterebbe il compito di definire, in prima persona ed a titolo esclusivo, la nozione di interesse dell'Unione¹⁷⁰. Dalla lettura della sentenza resa nel caso *Rendo*, la Corte sembra implicitamente ammettere una differenza per questo ultimo requisito, nella parte in cui afferma che:

“Per quanto attiene all' applicazione dell' art. 90, n. 2, la Corte ha considerato, nella sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT (Racc. pag. I-2925, a pag. 2962), che spetta al giudice nazionale valutare se comportamenti contrastanti con l'art. 86 di un'impresa incaricata della gestione di un servizio d'interesse economico generale possano essere giustificati dalle necessità derivanti dai compiti particolari affidati a detta

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Sentenza della Corte 18 giugno 1991, *ERT*, cit., punti 33-34. Nello stesso senso, *Comune di Almelo*, cit., punto 5; 19 ottobre 1995, causa C-19/93, *Rendo*, in *Racc.*, p. I-3319, punti 18-19.

¹⁶⁹ Si veda il §. 4.1.5. A favore di un'efficacia diretta integrale della norma, comprensiva anche del concetto di “*interesse dell'Unione*”: R. JOLIET, *Contribution à l'étude du régime des entreprises publiques dans la CEE*, in *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1965, p. 92; I. VAN BAEL, J.F. BELLIS, cit., p. 930; D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 144-147.

¹⁷⁰ Si veda la sentenza della Corte 27 ottobre 1997, causa C-157/94, *Commissione c. Paesi bassi*, cit. punto 69.

impresa. Da tale giurisprudenza emerge che la Commissione non è investita di una competenza esclusiva per applicare l' art. 90, n. 2, prima frase, del Trattato” (sottolineatura aggiunta)¹⁷¹.

Da questo passaggio, parte della dottrina ha desunto che la giurisprudenza farebbe una distinzione tra la prima frase dell'art. 106, paragrafo 2 - e le condizioni in esso contenute-, e la seconda frase della disposizione, che fa riferimento al requisito dell'interesse dell'Unione. Pertanto, la Commissione avrebbe una competenza esclusiva nell'applicare quest'ultima nozione¹⁷². Tuttavia, accogliendo questa soluzione, si arriverebbe al risultato per cui i giudici nazionali, ogni qualvolta in cui venga in rilievo la quinta condizione di applicazione dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE, dovrebbero sospendere il procedimento ed effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ovvero chiedere un parere alla Commissione. Ciò avrebbe conseguenze per i singoli che chiedono tutela, e la garanzia sociale della norma sarebbe compromessa¹⁷³.

Ed appunto, nonostante in teoria il secondo paragrafo dell'art. 106 TFUE possa essere diviso in una prima e in un'ultima frase, la Corte di giustizia ha comunque sempre applicato la deroga nella sua interezza¹⁷⁴. Pertanto, i giudici nazionali possono applicare direttamente tutti i requisiti dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE, verificando anzitutto se l'operatore incaricato della gestione di un SIEG sia un'impresa; se vi sia un atto formale di incarico da parte della pubblica autorità; se la missione di interesse generale possa essere compromessa dall'applicazione integrale delle regole di concorrenza. Se ritiene che queste condizioni sono soddisfatte, il giudice può senz'altro applicare la deroga di cui all'art. 106, paragrafo 2 TFUE, senza attendere un preventivo assenso da parte della Commissione, la quale soltanto potrà intervenire in senso contrario, facendo prevalere le norme dei

¹⁷¹ Sentenza del Tribunale 18 novembre 1992, causa T-16/91, *Rendo*, in *Racc.*, p. II-2417, punto 99.

¹⁷² In tal senso, J.L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights*, cit., p. 350.

¹⁷³ Così, D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 146.

¹⁷⁴ In questo senso le Conclusioni dell'A.G. Tesouro nella causa *Rendo*, sentenza della Corte 19 ottobre 1995, causa C-19/93 P, *Rendo*, in *Racc.*, p. I-3319.

Trattati, laddove ritenga sussistente il rischio di un pregiudizio agli scambi in maniera contraria all'interesse dell'Unione¹⁷⁵.

7. L'ART. 106, PARAGRAFO 3, TFUE ED I POTERI DI VIGILANZA ATTRIBUITI ALLA COMMISSIONE EUROPEA

Il terzo ed ultimo paragrafo dell'art. 106 TFUE conferisce alla Commissione la competenza a vigilare sull'applicazione della norma, rivolgendo agli Stati, ove necessario, “*opportune direttive e decisioni*”.

La norma contempla quindi due diverse categorie di atti, le direttive e le decisioni. La scelta dell'atto da adottare spetta in via esclusiva alla Commissione, la quale tende ad adottare una decisione qualora essa prenda in considerazione una specifica situazione presente in uno o più Stati membri, mentre adotta una direttiva qualora sia necessario precisare gli obblighi derivanti dall'art. 106 attraverso un atto di portata generale¹⁷⁶.

La possibilità per la Commissione di adottare un atto di portata generale, quale la direttiva, rappresenta una competenza legislativa *sui generis* nel panorama istituzionale dell'Unione, in cui normalmente l'adozione di atti legislativi di portata generale è riservata a Consiglio e Parlamento. Questa competenza prevista ex art. 106 paragrafo 3, ad ogni modo, non contrasta con le disposizioni di carattere generale, dal momento che l'art. 288 TFUE dispone espressamente che le direttive possono essere adottate non solo dal Consiglio e dal Parlamento, ma anche dalla Commissione¹⁷⁷.

La prima volta in cui la Commissione si è avvalsa del potere previsto dalla norma in commento adottando una direttiva a portata generale, è rappresentata dalla direttiva 80/723 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, con cui la Commissione ha imposto un obbligo di separazione contabile nelle imprese

¹⁷⁵ Cfr. D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 146.

¹⁷⁶ Sentenza della Corte 20 marzo 2001, causa C-163/99, *Portogallo c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-2613.

¹⁷⁷ Cfr. C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., p. 177.

incaricate di un servizio di interesse economico generale attive anche in mercati completamente concorrenziali, al fine di evitare sovvenzioni incrociate. La Commissione ha poi utilizzato lo strumento della direttiva a partire dalla fine degli anni Ottanta per iniziare il processo di liberalizzazione in alcuni rilevanti settori dell'economia, a cominciare dal mercato delle telecomunicazioni¹⁷⁸. Il contenzioso sollevatosi tra Stati membri e Commissione a seguito dell'adozione di queste direttive, testimonia la riluttanza degli Stati all'impiego da parte della Commissione dei poteri conferiti ex art. 106, paragrafo 3¹⁷⁹.

Questo potere normativo della Commissione coesiste con altre basi giuridiche che attribuiscono al Consiglio e al Parlamento europeo una potestà legislativa concorrente in materia di SIEG. Viene in rilievo innanzitutto l'art. 114 TFUE, il quale prevede l'adozione, da parte del Consiglio e del Parlamento, di misure volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, finalizzate all'instaurazione del mercato interno. In proposito, la competenza della Commissione ex art. 106, paragrafo 3, è più specifica di quella del Consiglio, e non può essere limitata o preclusa dall'eventuale adozione, nello stesso settore economico, di direttive ex art. 114 TFUE. In concreto, la scelta dell'una o dell'altra base giuridica è di fatto rimessa alla Commissione, secondo lo scopo dell'atto: quando tale scopo sia ricollegabile all'esercizio del potere di vigilanza dell'istituzione e, quindi, a pratiche nazionali contrarie alle norme sulla concorrenza, la Commissione

¹⁷⁸ Direttiva 94/46/CE della Commissione del 19 ottobre 1994, ora abrogata dalla direttiva 2008/63/CE della Commissione del 20 giugno 2008, relativa alla concorrenza sui mercati delle apparecchiature terminali di comunicazioni.

¹⁷⁹ L'impiego dei poteri conferiti alla Commissione dall'art. 106 paragrafo 3 è sempre risultato delicato sul piano politico ed infatti – ogni volta che la Commissione li ha usati per imporre requisiti di trasparenza o per la liberalizzazione di certi mercati - essi sono stati messi in discussione dagli Stati. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha in diverse occasioni confermato la legittimità dei diversi atti adottati dalla Commissione su questa base giuridica: cfr. le sentenze della Corte 6 luglio 1982, cause riunite C-188/80, 189/80 e 190/80, *Italia, Francia, Regno Unito c. Commissione (Direttiva trasparenza)*, cit., punti 11-14; 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione (Concorrenza nei terminali di telecomunicazione)*, cit., punti 23-26; 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, 281/90 e 289/90, *Spagna, Belgio, Italia c. Commissione (Concorrenza sui mercati dei servizi i telecomunicazioni)*, cit., punto 14; 29 marzo 2001, causa C-16/99, *Portogallo c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-2616, par. 23

potrà adottare direttive fondate sull'art. 106, paragrafo 3 TFUE; viceversa, se lo scopo è più generale, essa potrà proporre al legislatore dell'Unione l'adozione di direttive fondate sull'art. 114 TFUE¹⁸⁰.

Un'ulteriore base giuridica per l'adozione di atti a portata generale in materia di SIEG è stata recentemente introdotta con il Trattato di Lisbona. L'art. 14 TFUE prevede infatti la possibilità per il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando mediante regolamenti e secondo la procedura legislativa ordinaria, di stabilire i principi e fissare le condizioni economiche e finanziarie che permettono alle imprese incaricate della gestione di un SIEG di adempiere alla loro missione, fatta salva la competenza degli Stati membri di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi. La norma, oltre a ribadire la competenza statale nella definizione ed organizzazione e il finanziamento dei servizi pubblici sul territorio nazionale, introduce un ruolo più specifico del Parlamento e del Consiglio sul finanziamento dei SIEG¹⁸¹, anche se ancora non è ancora chiaro in che termini e, soprattutto, se vi sia una sovrapposizione con la competenza conferita alla Commissione ex art. 106, paragrafo 3 TFUE.

Per quanto riguarda, invece, le decisioni previste dall'art. 106, paragrafo 3, si tratta di uno strumento con cui la Commissione esercita un potere di vigilanza sulla violazione da parte degli Stati membri delle disposizioni di cui al primo e secondo paragrafo dell'art. 106 TFUE. Attraverso questo strumento, la Commissione può accertare un'infrazione ed ordinare agli Stati l'adozione delle misure necessarie per eliminare la violazione, ad esempio ingiungendo allo Stato di abolire determinati diritti speciali o esclusivi, oppure limitando i diritti riconosciuti ad un'impresa che esercita un servizio di interesse economico generale. La necessità di una procedura speciale di controllo delle imprese pubbliche, di quelle titolari di diritti speciali o esclusivi o delle imprese incaricate di un SIEG è stata da più

¹⁸⁰ Come è stato notato in dottrina, i due tipi di atti possono anche essere complementari: per esempio, nel settore delle telecomunicazioni, sono stati adottati entrambi i tipi di direttive, per realizzare, da un lato l'apertura alla concorrenza, dall'altro, misure di armonizzazione sull'accesso alla rete e sul trattamento dei dati. Cfr. C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., p. 178.

¹⁸¹ Cfr. oltre, cap. 2.

parti sottolineata¹⁸². Tale procedura trova la sua ragion d'essere nella relazione particolare che lega questi tipi di imprese allo Stato, sì che è impossibile applicare alle stesse la procedura prevista ex art. 105 TFUE, riservata ai comportamenti imputabili esclusivamente alle imprese. Le decisioni ex art. 106, paragrafo 3 TFUE hanno carattere di specialità anche rispetto alla procedura di infrazione, la quale, pur sanzionando anch'essa un comportamento dello Stato, non permette tuttavia di rimuovere le distorsioni al regime della libera concorrenza. La procedura speciale in esame, invece, consente alla Commissione di intervenire nel diritto pubblico dell'economia con rapidità ed incisività¹⁸³.

L'avvio di una procedura per l'adozione di una decisione ex art. 106 paragrafo 3 non è fatto oggetto di alcun obbligo per la Commissione, che ha difatti il potere di valutare la necessità di un'eventuale azione. La Commissione potrebbe anche decidere di aprire, in alternativa, una procedura di infrazione (art. 258 TFUE). In secondo luogo, sebbene l'adozione di una decisione ex art. 106 non preveda - a differenza della procedura di infrazione- una fase precontenziosa, la giurisprudenza ha comunque garantito una serie di diritti di difesa per gli Stati membri coinvolti: nella sentenza *Paesi Bassi e PTT Nederland c. Commissione*¹⁸⁴, la Corte ha infatti sancito il dovere per la Commissione di comunicare allo Stato membro, prima dell'adozione della decisione, un'esposizione precisa e completa degli addebiti che essa intende formulare, dando modo allo Stato di manifestare la propria posizione su tali addebiti e sulle osservazioni eventualmente formulate da terzi interessati¹⁸⁵. Infine, anche l'impresa

¹⁸² Cfr. H. PAPACOSTANTINO, *Free trade and competition in the EEC law. Policy and practice*, Londra, 1988, p. 102 ss.; A. PAPPALARDO, *State measures*, cit., p. 29 ss.; J.L. BUENDIA SERRA, *Exclusive rights*, cit., p. 378.

¹⁸³ C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit., p. 182.

¹⁸⁴ Sentenza della Corte 12 febbraio 1992, cause riunite C-48/90 e C-66/90, *Paesi Bassi e PTT Netherlands c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-565; con nota di F. CASTILLO DE LA TORRE, *Rights of Defence of Member States and Undertakings*, in *European Law Review*, 1992, p.539 e ss.; J. FLYNN, E. TURNBULL, in *CMLR*, 1993, p.396 ss.

¹⁸⁵ Sentenza della Corte 12 febbraio 1992, cause riunite C-48/90 e C-66/90, *Paesi Bassi e PTT Nederland. C. Commissione*, in *Racc.*, p. I-565. La Corte ha annullato la decisione della Commissione resa ex art. 106, paragrafo 3 TFUE, relativa alla prestazione del servizio di corriere accelerato nei Paesi Bassi, a causa della violazione dei diritti di difesa dello Stato

beneficiaria della misura contestata ha il diritto di esercitare il proprio diritto di difesa, attraverso la presentazione di osservazioni prima dell'adozione della decisione definitiva.

membro destinatario. La Commissione non aveva infatti formulato la comunicazione degli addebiti, ed aveva posto in essere una consultazione delle organizzazioni di categoria e delle imprese interessate, senza mettere Stato in grado di presentare le proprie osservazioni a riguardo. In senso conforme, la sentenza della Corte 22 febbraio 2005, causa C-141/02 P, *Commissione c. T-Mobile Austria*, in *Racc.*, p. I-1283. Per dei commenti a questo filone giurisprudenziale, F. CASTILLO DE LA TORRE, *Rights of defense of Member States and undertakings*, in *ELR*, 1992, p. 539 ss.; M. RANTALA, *Complainant's right to challenge the Commission's refusal to take measures under Article 86(3)*, in *E. L. Rep.*, 2002, p. 141 ss.

Capitolo secondo

Il finanziamento pubblico dei Servizi di interesse economico generale e la sua compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato

Sommario: 1. INTRODUZIONE ED INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA. LA QUESTIONE DEL FINANZIAMENTO PUBBLICO DEI SIEG NELLA PRIMA FASE DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA – 2. L'APPROCCIO “COMPENSATIVO” E L'APPROCCIO “AIUTO DI STATO” A CONFRONTO. I CASI *FERRING* E *LA POSTE* - 3. IL CASO *ALTMARK* E LA DEFINITIVA ADOZIONE DI UN APPROCCIO “INTERMEDIO” DA PARTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA - 4. ALCUNE CRITICITÀ NELLE QUATTRO CONDIZIONI DI *ALTMARK*. SIEG DI STAMPO SOCIALE ED IL CASO *BUPA* - 5. IL QUADRO NORMATIVO PER VALUTARE LA COMPATIBILITÀ DEGLI AIUTI DI STATO SOTTO FORMA DI COMPENSAZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO (CENNI). - 5.1. Il Pacchetto *post-Almark* della Commissione europea - 5.2. La riforma del “pacchetto post-Almark” e l'adozione di una nuova serie di atti per la valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato ai SIEG - 6. ALCUNE OSSERVAZIONI DI CARATTERE GENERALE SUL NUOVO PACCHETTO ALMUNIA - 7. OSSERVAZIONI SU SPECIFICI ASPETTI DEL PACCHETTO ALMUNIA CHE PRESENTANO PROFILI DI MAGGIORE COMPLESSITÀ O INNOVATIVITÀ - 7.1. Le definizioni e le chiarificazioni delle regole relative agli aiuti di Stato ai SIEG. - 7.2. Il ruolo della procedura di gara ad evidenza pubblica nella valutazione dei finanziamenti pubblici agli operatori incaricati di un SIEG 7.2.2. Gare ad evidenza pubblica e compatibilità del finanziamento ex art. 106, paragrafo 2 TFUE - 7.3. Il calcolo del quantum della compensazione - 7.3.1. I “costi effettivi”. Il ruolo dell’“efficienza” e della “qualità” del servizio nel calcolo della compensazione - 7.3.2. I “costi netti” - 7.3.3. Il “margine di utile ragionevole” - 7.4. Assegnazione dei costi e sovvenzioni incrociate - 8. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUL PACCHETTO ALMUNIA

1 – INTRODUZIONE ED INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA. LA QUESTIONE DEL FINANZIAMENTO PUBBLICO DEI SIEG NELLA PRIMA FASE DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA.

I servizi di interesse economico generale sono attività spesso caratterizzate dalla presenza di un “*non profitable segment*”¹⁸⁶, ossia un

¹⁸⁶ P. NICOLAIDES, *The Economics of Services of general economic interest*, in M. S. RIDELSKI (a cura di), *The EC State aid regime: Distortive Effects of State aid on Competition and Trade*, Londra, 2006, p. 575.

segmento di attività che, in ragione della particolare struttura del mercato, non è possibile svolgere in condizioni di economicità, in quanto i suoi costi sono eccessivi rispetto ai ricavi. Talvolta, tuttavia, tali segmenti di attività sono considerati necessari per rispondere ad esigenze sociali o di interesse pubblico: per questo, possono essere svolti a regime di SIEG colmando un fallimento del mercato¹⁸⁷.

In tali circostanze, è possibile per le pubbliche autorità – ove non provvedano esse stesse all'erogazione del servizio - incaricare un'impresa della gestione del SIEG, imponendo al contempo determinati obblighi di servizio pubblico¹⁸⁸ e garantendo all'impresa una compensazione finanziaria in contropartita di tali obblighi.

Se è vero che le pubbliche autorità - statali o locali – sono libere di individuare quali attività rivestano un rilievo primario per la collettività e debbano quindi essere svolte a regime di SIEG, il diritto dell'Unione richiede tuttavia che le compensazioni finanziarie degli oneri di servizio

¹⁸⁷ Come è stato evidenziato in dottrina, i SIEG costituiscono quindi il fine ultimo di interventi pubblici orientati a fornire uno strumento di integrazione positiva in risposta ai fallimenti del mercato, in quelle aree in cui le logiche sottese al mercato non possono funzionare efficacemente: D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 633.

¹⁸⁸ Nel prosieguo, per indicare l'espressione "oneri di servizio pubblico" sarà utilizzata anche la sigla "OSP". In linea di principio, per «obblighi di servizio pubblico» si intendono gli obblighi che l'impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni. Tali obblighi, consistenti in prestazioni (non remunerative) a finalizzazione esclusivamente «pubblicistica» che devono necessariamente essere realizzate dal gestore del servizio in questione, possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale o regionale. Si pensi, ad esempio, alle c.d. tratte non remunerative nel settore dei trasporti, vale a dire quei servizi di trasporto che raggiungono isole o zone remote e poco popolate, nei casi in cui il libero gioco delle forze di mercato non garantirebbe un adeguato livello del servizio, al fine di garantire la c.d. "continuità territoriale". Secondo V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali*, cit. , pp. 774-775, « i c.d. obblighi di servizio pubblico (o di servizio universale, secondo altra dizione, nella sostanza corrispondente) costituiscono quelle prestazioni cui le imprese sono soggette, anche in virtù della regolazione pubblica della loro attività , che non verrebbero espletate in applicazione di una stretta logica imprenditoriale; i « fini sociali » che la normativa europea consente di imporre alle imprese nell'ambito del mercato comune. Fini sociali come obblighi di servizio pubblico, cui possono essere sottoposte tutte le imprese deputate all'esercizio di determinate attività. Si tratta perciò di attività le cui modalità di svolgimento, le prestazioni offerte all'utenza (i servizi) sono determinati, in misura più o meno rilevante, e attraverso strumenti diversi, dal potere pubblico». A mero titolo esemplificativo, cfr., nel settore del trasporto aereo, l'art. 2, let. t. o), del Regolamento (CEE) n. 2408/92, cit., in base al quale per « onere di servizio pubblico » si intende « qualsiasi onere imposto a un vettore aereo di prendere tutte le misure necessarie, relativamente a qualsiasi rotta sulla quale sia stato abilitato a operare da parte di uno Stato membro, per garantire la prestazione di un servizio che soddisfi determinati criteri di continuità, regolarità, capacità e tariffazione, criteri cui il vettore stesso non si atterrebbe se tenesse conto unicamente del suo interesse commerciale».

pubblico non costituiscano un aiuto di Stato vietato ai sensi dell'art. 107 TFUE.

L'analisi della natura di aiuto dei finanziamenti pubblici implica la risoluzione di una serie di questioni. In primo luogo, occorre stabilire quale sia la natura giuridica di tali finanziamenti, se essi costituiscano in ogni caso aiuti di Stato, con conseguente applicazione del relativo regime procedurale¹⁸⁹, ovvero se lo siano solo a determinate condizioni. In secondo luogo, si prospetta il rischio di compensazioni eccessive (*overcompensation*), nel senso che i trasferimenti di risorse pubbliche, giustificati in nome degli oneri di servizio pubblico affidati alle imprese, vadano al di là dei costi effettivamente affrontati dalle stesse per l'erogazione del servizio¹⁹⁰. Infine, la misura compensativa pone anche il rischio di sussidi incrociati. È frequente, infatti, che imprese incaricate di un SIEG siano attive anche in

¹⁸⁹ Si fa riferimento in particolare all'obbligo di notifica preventiva alla Commissione ed all'obbligo cd. di *standstill*, ossia il divieto di portare a esecuzione l'aiuto fino alla decisione di autorizzazione della Commissione medesima. Giova rammentare che, ai sensi dell'art. 108 del TFUE, il controllo sugli aiuti di Stato è svolto in via esclusiva dalla Commissione, unico organo (salva l'ipotesi eccezionale dell'art. 108, par. 2, comma 3) deputato a valutarne, all'esito di appositi procedimenti amministrativi, la compatibilità con l'ordinamento dell'Unione. In estrema sintesi, la procedura di controllo si articola in due fasi: una prima volta a verificare se la misura costituisca aiuto di Stato e, in caso di esito positivo, una seconda volta ad accertarne l'eventuale compatibilità con il mercato comune. Pertanto, si possono avere decisioni che dichiarano che una misura non è aiuto di Stato, ovvero decisioni positive (che sanciscono la natura di aiuto di una misura ma ne dichiarano comunque la compatibilità con il mercato comune), ovvero decisioni negative, con cui si accerta la natura di aiuto di Stato non compatibile con il mercato e se ne ordina, se del caso, il recupero. Le norme procedurali per il controllo degli aiuti sono dettate dal Regolamento CE n. 659/99 del 22 marzo 1999, recante « modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE », (in GUCE L-83, 27 marzo 1999, 1 ss.), che ha riordinato organicamente i principi e le regole già elaborati dalla Commissione e dalla giurisprudenza precedente. Per un'analisi approfondita di tali tematiche, *ex multis*, F. BESTAGNO, *Il controllo comunitario degli aiuti di Stato nel recente regolamento di procedura*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 339 ss.; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli 2001; S. AMADEO, *L'obbligo di notifica e le conseguenze della mancata notifica dei nuovi aiuti alla luce del regolamento n. 659/99 e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in L. DANIELE, S. AMADEO, C. SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Milano, 2003, p. 27 ss.; C. GIOLITO, *La procedure de controle des aides d'Etat peut-elle être utilisée pour contrôler la bonne application d'autres dispositions du droit communautaire?* in AAVV, *EC State aid law*, cit., p. 145 ss.

¹⁹⁰ Il che, è stato rilevato, dà luogo di per sé a una fattispecie comunque rilevante ai fini della normativa sugli aiuti di Stato, soprattutto in settori in cui vi è soltanto una « concorrenza per il mercato », in quanto si tratta di una compensazione non necessaria per il funzionamento del servizio: M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubb. com.* 2007, p. 113 ss., p. 114-115.

settori diversi e in concorrenza con altre imprese¹⁹¹. Di qui la necessità di impedire che il sostegno finanziario erogato dai pubblici poteri a compensazione degli oneri affrontati per la gestione dei SIEG sia utilizzato per finanziare attività diverse dal servizio pubblico per le quali, invece, esiste un mercato liberalizzato e integralmente soggetto alle regole di concorrenza.

In questo quadro di riferimento, il diritto dell'Unione ammette che gli Stati membri intervengano a finanziare i costi sostenuti dalle imprese che gestiscono un servizio di interesse economico generale, in compensazione di eventuali oneri di servizio pubblico loro imposti ed al fine di agevolare le missioni di interesse pubblico loro affidate¹⁹². Tuttavia, le compensazioni finanziarie da parte delle pubbliche autorità costituiscono pur sempre “risorse statali” versate ad imprese e, come tali, sono soggette ad un esame alla luce della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato¹⁹³. Infatti, simili compensazioni per essere compatibili con i Trattati possono avvenire solo a determinate condizioni, considerando il rischio delle distorsioni che esse possono produrre nel mercato *intra*-UE.

Per lungo tempo, la dottrina e gli operatori del diritto dell'Unione non si sono posti la questione della compatibilità delle compensazioni finanziarie fornite dagli Stati membri agli operatori di servizi di interesse economico

¹⁹¹ Come ad esempio nel caso del modello organizzativo dell'impresa c.d. *multi utility*. Per alcune indicazioni basilari di tale modello cfr. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, p. 393.

¹⁹² A titolo esemplificativo, nel settore dei trasporti, lo svolgimento di alcune tratte (segnatamente, quelle che collegano zone marginali o periferiche, oppure quelle con scarsa popolazione) potrebbe risultare non conveniente per gli operatori settore, in ragione del mancato ritorno economico che ne può derivare. Tuttavia, gli Stati o le autorità locali possono imporre alle imprese incaricate lo svolgimento di tratte “non profittevoli”, prevedendo un'adeguata compensazione finanziaria a copertura delle perdite. Analogamente, nel settore delle telecomunicazioni, l'installazione di infrastrutture a banda larga potrebbe essere antieconomico per un'impresa, ove riguardasse territori isolati o con uno scarso numero di abitanti. Anche in questo caso una forma di sostegno pubblico potrebbe essere necessaria e difatti, la prassi della Commissione tende a dichiarare questo tipo di aiuti compatibili con il mercato: cfr. la Comunicazione della Commissione *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, 2009/C 235/04, in GU C 235 del 30 settembre 2009, p. 7 ss.

¹⁹³ Per una ricognizione dei principali casi giurisprudenziali sulla nozione di “risorse statali” – che, come è noto, è una delle condizioni di esistenza di un aiuto ai sensi dell'art. 107 TFUE – si veda H. VAN VLIET, *State resources and Preussen Elektra: when is a State aid not a State aid?*, in AAVV, *EC State aid law*, p. 65 ss.

con l'art. 107 TFUE¹⁹⁴. Ciò in ragione del fatto che, almeno sino agli anni ottanta, la gran parte dei settori riferibili alle *utilities* e nei quali si sono sviluppati principalmente i SIEG (energia, trasporti, telecomunicazioni, radiotelevisione pubblica, servizi postali, ecc.) non sono stati interessati dalla realizzazione mercato comune e sono rimasti soggetti a regimi di monopoli nazionali. Difatti, l'obbligo di riorganizzare i monopoli statali scaturente dal combinato disposto degli artt. 37 e 106 paragrafo 1 TFUE, era stato inteso come riferito ai settori del petrolio, dell'alcol e del tabacco, escludendo la gran parte dei settori dei servizi a rete in cui i SIEG erano predominanti¹⁹⁵. Per la stessa ragione, il settore dei servizi fu inizialmente escluso dall'ambito di applicazione della Direttiva Trasparenza del 1980.

Tale situazione iniziò a mutare negli anni ottanta, quando le prime liberalizzazioni hanno toccato il settore dei servizi. Si comprese che il Trattato poteva applicarsi anche al settore delle *utilities* e, di conseguenza, la Direttiva Trasparenza fu modificata dalla Commissione, in modo da includervi i settori precedentemente esclusi¹⁹⁶. Questa modifica della Direttiva Trasparenza fu particolarmente significativa, in quanto fece sì che i trasferimenti finanziari dallo Stato alle imprese attive nel settore dei SIEG

¹⁹⁴ Come rileva J.L. BUENDIA SERRA, *Finding the Right Balance: State Aid and Services of general economic Interest*, in AA.VV., *EC State Aid Law – Le droit des aides d'Etat dans la CE - Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer, 2008, p. 191 ss., p. 194, in tale fase il carattere di aiuto o non-aiuto delle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico era una *non-issue*.

¹⁹⁵ Come fa notare J. L. BUENDIA SERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 194, in presenza di un mercato delle *utilities* estremamente frammentato e nazionalizzato, non esisteva un commercio intracomunitario per questi settori e, conseguentemente, non poteva sussistere il requisito dell'effetto restrittivo sulla concorrenza o sul commercio tra Stati membri, che, come noto, è elemento costitutivo di un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, TFUE. La situazione italiana degli ultimi sessant'anni è indicativa in proposito. Almeno sino agli anni 80 - 90 l'economia italiana era indirizzata dallo Stato attraverso la programmazione economica del CIPE, e lo Stato operava in ogni settore del mercato, al fine di perseguire fini di interesse pubblico individuati con piena discrezionalità. Pertanto, nonostante l'adesione dell'Italia alla Comunità europea, fondata su un'economia di mercato, aperta e concorrenziale, il mercato italiano escludeva l'esistenza di un vero e proprio mercato concorrenziale in Italia: Cfr. F. SATTA, *Indirizzo politico, Autorità di Regolazione e Autorità Antitrust: Quale spazio e quali ruoli in un ordinamento fondato sul principio di libera concorrenza*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 247 ss., p. 249.

¹⁹⁶ Direttiva 85/413/CEE della Commissione del 24 luglio 1985 che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche, in GU L 229 del 28 agosto 1985, p. 20.

potessero avere un “effetto sul commercio intracomunitario”¹⁹⁷ e, quindi, costituire aiuti di Stato. Nonostante ciò, comunque, per molto tempo la Commissione continuò ad essere poco attiva in questo settore, né gli Stati membri erano soliti notificare i propri schemi di compensazione finanziaria. La situazione iniziò a mutare solo dopo diversi anni, a causa delle sempre più numerose denunce che giungevano alla Commissione da parte dei concorrenti degli operatori SIEG (i quali erano generalmente gli *ex* monopolisti pubblici).

2. L'APPROCCIO “COMPENSATIVO” E L'APPROCCIO “AIUTO DI STATO” A CONFRONTO. I CASI *FERRING* E *LA POSTE*

La questione della compatibilità dei finanziamenti pubblici ai SIEG con la disciplina degli aiuti di Stato è stata inizialmente affrontata sulla base di due approcci alternativi¹⁹⁸. Secondo una prima tesi (detta del “non-aiuto” o compensativa), se la compensazione pubblica all'operatore SIEG non supera il costo che quest'ultimo deve affrontare per ottemperare agli oneri di servizio pubblico, non è possibile parlare di “vantaggio” per l'impresa. Di conseguenza, mancando il requisito del “vantaggio gratuito” previsto *ex art.* 107, paragrafo 1 TFUE, non è presente un aiuto di Stato¹⁹⁹. Applicando questa tesi, quindi, le compensazioni non costituiscono un aiuto di Stato; a ciò consegue il venir meno dell'obbligo di notifica preventiva alla Commissione.

Sulla base di una seconda tesi (cd. approccio “aiuto di Stato”), invece, la compensazione degli obblighi di servizio pubblico doveva essere in ogni caso considerata un vantaggio e, quindi, un aiuto di Stato ai sensi

¹⁹⁷ Che, come noto, costituisce una condizione di esistenza dell'aiuto ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1 TFUE.

¹⁹⁸ Come rileva A. ALEMANNI, *Aiuti di Stato*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, pp. 197-198, tale questione è frutto di una “lunga e talvolta contraddittoria evoluzione giurisprudenziale”.

¹⁹⁹ Un esempio di questo approccio è costituito dalla sentenza della Corte 7 febbraio 1985, causa 240/83, *Oli Usati*, in *Racc.*, p. 531, punto 18.

dell'articolo 107 TFUE²⁰⁰. Questa tesi si basava sulla circostanza che l'obiettivo sociale perseguito da un' erogazione pubblica non può valere ad escludere la natura di aiuto, dal momento che il concetto di aiuto di Stato ha natura oggettiva e prescinde dallo scopo della misura. Al più, l'obiettivo perseguito rileva nel quadro dell'analisi della compatibilità dell'aiuto. Da tale approccio discendeva l'obbligo di notificare i questi regimi compensativi alla Commissione, per un esame della loro compatibilità con il mercato ai sensi dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE.

A queste due tesi se ne affiancava una terza, (cd. criterio “*quid pro quo*”), teorizzata dall'Avvocato Generale Jacobs nelle sue conclusioni al caso *GEMO*²⁰¹, che rappresentava una via intermedia tra la tesi compensativa e la tesi aiuti di Stato. Secondo questa tesi, qualora il nesso tra finanziamento ed obblighi pubblici sia diretto e palese, allora si dovrebbe applicare l'approccio “compensativo”, in caso contrario, l'approccio “aiuto di Stato” con conseguente obbligo di notifica²⁰².

In mancanza di una tesi prevalente, anche la prassi delle Istituzioni dell'Unione oscillava tra l'uno o l'altro approccio. Emblematico è il caso *La Poste*²⁰³, riguardante le esenzioni fiscali concesse all'*incumbent* francese del settore postale, attivo anche nel settore dei servizi assicurativi. Secondo i concorrenti - denunciati, le esenzioni fiscali di cui *La Poste* beneficiava quale contropartita dell'obbligo di mantenere aperti sportelli in zone rurali e

²⁰⁰ Un esempio di questo secondo approccio è rappresentato dalla sentenza della Corte 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de Espana*, in *Racc.*, p. I-877, punti 17 e 21; nota di V. SOTTILI, *Servizi pubblici e norme comunitarie di concorrenza: l'applicazione dell'articolo 90, n° 2, del Trattato CE alla disciplina degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 1995, I, Sez.I, c. 943 ss.

²⁰¹ Conclusioni presentate il 30 aprile 2002 nel caso *Ministre de l'Industrie c. Gemo SA*, causa C-126/01, in *Racc.*, p. I-3769.

²⁰² Secondo i principali commentatori dell'epoca, questa terza via non meritava accoglimento, in quanto non teneva conto che, nella prassi, non è sempre agevole distinguere i casi in cui il legame tra finanziamento e compensazione è diretto e palese, dai casi in cui manca tale nesso. Pertanto, la maggior parte delle situazioni pratiche sarebbe ricaduto all'interno di una zona grigia di difficile soluzione: cfr. A. SINNAEVE, *State Financing of Public Services: the Court's Dilemma in the Altmark case*, in *ESTAL*, 2003, p. 356. In senso critico anche C. RIZZA, *The financial assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest*, in A. BIONDI, P. EECKOUT, J. FLYNN, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004, pp. 79-80. Per riferimenti più ampi, D. GALLO, *I Servizi*, cit., pp. 636-637.

²⁰³ Decisione della Commissione nel Caso NN 135/92, *Attività concorrenziali di La Poste*, in GU C 262 del 7 ottobre 1995, p. 11.

periferiche, venivano di fatto “riversati” sulle attività che non erano onerate da obblighi di servizio pubblico quali, appunto, i servizi di assicurazione, falsando in questo modo la concorrenza nel relativo settore. Nella sua decisione sul caso, la Commissione aveva adottato l’approccio del “non-aiuto”, dichiarando che le esenzioni fiscali di cui *La Poste* beneficiava non costituivano aiuti poiché rappresentavano semplicemente una compensazione per i costi relativi alla gestione di uffici e servizi postali non redditizi in aree rurali. Nella conseguente impugnazione²⁰⁴, invece, il Tribunale - pur condividendo l’analisi generale della Commissione - se ne scostò su un punto chiave: secondo il Tribunale, infatti, i benefici fiscali in questione erano da considerarsi aiuto di Stato, anche se compatibili ai sensi dell’art. 106, paragrafo 2 TFUE. In altre parole, al contrario della Commissione, il Tribunale adottava l’approccio “aiuto di Stato”, stabilendo che il vantaggio fiscale in questione:

*“ ... costituisce, in linea di principio, aiuto di Stato ai sensi dell’art. 92, n. 1, poiché esso, pur non implicando un trasferimento di risorse da parte dello Stato, colloca La Poste in una situazione finanziaria più favorevole di quella di altri soggetti tributari passivi, fra i quali le società rappresentate dalle ricorrenti. Infatti, secondo una giurisprudenza costante, la nozione di aiuto ai sensi dell’art. 92, n. 1, del Trattato comprende i vantaggi accordati dalle pubbliche autorità i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un’impresa”*²⁰⁵.

Dopo avere configurato le compensazioni per gli oneri di servizio pubblico come aiuto, il Tribunale dichiarava tali aiuti con il mercato comune ai sensi dell’art. 106, paragrafo 2 TFUE:

“ ... ai sensi dell’art. 90, n. 2, del Trattato, «le imprese incaricate della gestione di servizi d’interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte (...) alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Da tale disposto, segnatamente dalle parole «nei limiti in cui l’applicazione di tali norme

²⁰⁴ Sentenza del Tribunale 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *La Poste*, in *Racc.*, p. II-229, punti 117-199.

²⁰⁵ *Ibidem*, punti 167-168.

[nel caso di specie, dell'art. 92 del Trattato] non osti all'adempimento (...) della specifica missione», discende che, nell'ipotesi in cui l'art. 90, n. 2 possa essere richiamato, un provvedimento statale soggetto alla disciplina di cui all'art. 92, n. 1, può non di meno essere considerato compatibile con il mercato comune. Benché si tratti sempre di un aiuto di Stato ai sensi di quest'ultima disposizione, l'effetto delle regole in materia di concorrenza può tuttavia, in tal caso, essere limitato, di modo che può dichiararsi inapplicabile un divieto di esecuzione di un nuovo aiuto, formulato in base al combinato disposto degli artt. 92 e 93, nn. 2 e 3”²⁰⁶.

Questo approccio era in precedenza già stato adottato nella sentenza *Banco Exterior de Espana* e ribadito successivamente nelle sentenze *SIC*²⁰⁷ e *CELF*²⁰⁸, in cui il giudice dell'Unione aveva stabilito che le erogazioni pubbliche a compensazione di un onere di servizio pubblico costituiscono un aiuto di Stato, che può ciononostante essere considerato compatibile con il mercato ai sensi dell'art. 106 paragrafo 2.

Tuttavia, mentre sembrava che la giurisprudenza avesse definitivamente ed ufficialmente adottato la tesi cd. “aiuto di Stato”²⁰⁹, con la sentenza *Ferring*²¹⁰ la Corte riapriva il dibattito, ritornando all'approccio “compensativo”²¹¹.

²⁰⁶ *Ibidem*, punti 171-172.

²⁰⁷ Sentenza del Tribunale 10 maggio 2000, causa T-46/97, *SIC*, in *Racc.*, p. II-2125, con nota di J.Y. CHÉROT, in *Europe*, 2000, n. 221, p. 22-23.

²⁰⁸ Sentenza della Corte 22 giugno 2000, causa C-332/98, *CELF*, in *Racc.*, p. I-4833, punti 27-32.

²⁰⁹ Cfr. J.L. BUENDIA SERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 196.

²¹⁰ Sentenza della Corte 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring*, in *Racc.*, p. I-9067 ed in particolare i punti 27-33. Tra i primi commenti, L. IDOT, in *Europe*, 2002, n° 28, p. 23; P. NICOLAIDES, *Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgment*, in *ECLR*, 2002, p. 313 ss.; A. BARTOSCH, *Why did the Court of Justice respond in Ferring?*, in *ESTAL*, 2002, p. 1 ss.

²¹¹ Tale sentenza fu oggetto di dibattiti e critiche, soprattutto, all'interno della Corte stessa, come dimostrano le conclusioni rese da alcuni Avvocati Generali all'indomani della pronuncia nel contesto delle cause allora pendenti. In particolare, gli Avvocati generali si mostravano critici nei confronti della sentenza *Ferring*, e chiedevano alla Corte di mutare il proprio orientamento: si vedano in proposito le Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs presentate il 30 aprile 2002 nella causa C-126/01, *GEMO*, in *Racc.*, p. I-13769; nonché le Conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl, presentate il 7 novembre 2002 nelle cause riunite da C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse*, in *Racc.*, p. I-4243. Anche nelle seconde Conclusioni nel caso *Altmark*, l'Avvocato generale Léger si pronunciò a favore della tesi “aiuti di Stato”, in quanto conforme alla teoria degli effetti sui cui si basa il sistema europeo del controllo degli aiuti di Stato – per cui, l'unico parametro rilevante per

A fronte di questa incertezza, anche la Commissione aveva prudentemente²¹² cominciato ad adottare decisioni basate su ragionamenti alternativi, fondati su entrambe le due tesi prevalenti²¹³.

3- IL CASO *ALTMARK* E LA DEFINITIVA ADOZIONE DI UN APPROCCIO “INTERMEDIO” DA PARTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA

Con la sentenza resa il 24 luglio 2003 nel caso *Altmark*²¹⁴, la Corte di giustizia ha infine adottato la propria posizione definitiva sulla natura delle

stabilire la natura di un aiuto di una misura statale è costituito dagli effetti oggettivi della misura stessa, restando esclusi i suoi obiettivi.

²¹² Come rileva J.L. BUENDIA SERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 197.

²¹³ Cfr. ad esempio, la decisione della Commissione 22 maggio 2002, Aiuto di Stato N 631/2001, Regno Unito, *BBC Licence Fee*, in cui la Commissione ha considerato entrambi gli approcci giungendo comunque alle medesime conclusioni.

²¹⁴ Sentenza della Corte 23 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, in *Racc.*, p. I-7747. I commenti alla sentenza sono copiosi. Si vedano, senza pretesa di esaustività, A. SINNAEVE, *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *ESTAL*, 2003, p. 351 ss.; U. SCHNELLE, *Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans*, in *ESTAL*, 2003, p.411 ss.; C. RIZZA, *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted With the Operation of a Service of General Economic Interest: The Implications of the Forthcoming Altmark Judgment for Future State Aid Control Policy*, in *Columbia Journal of European Law*, 2003, p.429 ss.; M. SÁNCHEZ RYDELSKI, *Compensation for Discharging Public Service Obligations: State Aid or not State Aid? - That was the Question*, in *Eur. Law Reporter*, 2003, p.318 ss.; N. TRAVERS, *Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark?*, in *ESTAL*, 2003, p.387 ss.; O. DUPERON, *Le régime des services publics en droit communautaire: des précisions apportées par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Petites affiches*, 2003, n° 229, p. 6 e ss.; M. ANTONUCCI, *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di stato*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 1356 ss.; R. BALLESTER, *Services économiques d'intérêt général. Arrêt "Altmark Trans GmbH"*, in *RDUE*, 2003, p. 755 ss.; A. FRATINI, F. FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto impresa/Europa*, 2003, p.1183 ss.; J.L. CLERGERIE, *La légalité d'une contrepartie d'obligation de service public*, in *Recueil Dalloz*, 2003, Jur., p.2814 ss.; M. MEROLA, C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers dr. eur.*, 2003, p.639 ss.; A. ALEXIS, *L'arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003: la Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt économique général*, in *Competition Policy Newsletter*, 2003, n. 3, p. 1 ss.; J.M. THOUVENIN, M.P. LORIEUX, *L'arrêt de la CJCE du 24 juillet 2003 Altmark*, in *Rev. marché comm.*, 2004, p.633 ss.; J. DE BEYS, *Altmark: un arrêt qui ne règle rien*, in *Journ. tribunaux*, 2004, n° 105 p. 10 ss.; C. JENNERT, *Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, p. 425 ss.; J. DE BEYS, *A propos de l'affaire "Altmark". Le concept d'aide "brute" ... Le financement des services d'intérêt général par des fonds publics. Quelques réflexions sur l'arrêt Altmark rendu par la C.J.C.E.*, in *Journ. tribunaux*, 2004, n° 1, p. 6 ss.; J.M. WERNER, P. QUANTE,

compensazioni pubbliche alle imprese esercenti un SIEG. La Corte non ha aderito ad alcuna delle tesi predominanti, preferendo un approccio intermedio, in base al quale la natura di aiuto può essere esclusa solo in presenza di una serie di condizioni.

Il caso ha avuto origine da un rinvio pregiudiziale da parte di un giudice tedesco, avanti al quale era pendente una controversia tra due società di autotrasporti, la Altmark Trans GmbH e la Nahverkehrsgesellschaft GmbH. La prima impresa era beneficiaria di concessioni per la fornitura di servizi di trasporto di linea su autobus (per il periodo dal 1990 al 1996) rilasciate dal governo della regione di Magdeburg, e beneficiava di sovvenzioni pubbliche per l'esecuzione di tali servizi. La seconda impresa, concorrente della Altmark, aveva a sua volta richiesto al governo locale una concessione per la gestione dei servizi di trasporto pubblico, ma tale domanda era stata respinta dal Governo della regione, che al contempo aveva invece provveduto a rinnovare le concessioni a favore della Altmark sino al 2002. Ai sensi della normativa nazionale in vigore, infatti, Altmark - in quanto impresa già operante nel settore dei pubblici servizi - godeva di un *favor* normativo a tutela dei diritti acquisiti, in base al quale la regolarità nella gestione del servizio da parte dell'impresa già operante nel SIEG era condizione sufficiente perché la stessa fosse considerata una migliore offerente rispetto ai concorrenti al momento del rinnovo della concessione. L'impresa concorrente aveva quindi impugnato la delibera avanti al giudice amministrativo, sostenendo che la Altmark non

Altmark Trans: Wendepunkt im Beihilfenrecht der nationalen Daseinsvorsorge?, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2004, p. 83 ss.; A. BARTOSCH, *Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark - Worin liegt das Neue?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, p. 295 ss.; E. ZANELLI, *Servizio pubblico e sentenza Altmark*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 175 ss.; F. LOUIS, A. VALLERY, *Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations*, in *World Competition*, 2004, p. 53 ss.; M. KARPENSCHIF, *Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public? (À propos de l'arrêt de la CJCE, Altmark Trans du 24 juillet 2003)*, in *Petites affiches*, 2004, n° 64, p. 4 ss.; S. BRACQ, *Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente (à propos de la décision CJCE 24 juill. 2003, Altmark Trans GmbH, aff. C-280/00)*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2004, p. 33 ss.; R. MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 790; ss.; S. ACIERNO, J. BAQUERO CRUZ, *La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 2004, p. 169 ss.

soddisfaceva le condizioni per la concessione: essa, infatti, non era un'impresa economicamente sana, giacché non avrebbe potuto sopravvivere senza sovvenzioni pubbliche. Dopo alterne vicende processuali, la Suprema Corte amministrativa tedesca (Bundesverwaltungsgericht) adiva in via pregiudiziale la Corte di giustizia, per verificare la compatibilità della normativa tedesca con il diritto dell'UE ed in particolare con gli artt. 93 e 107 del TFUE.

La Corte di giustizia nella sua pronuncia ha aderito solo formalmente alla tesi “compensativa”²¹⁵, sostenendo che, nei limiti in cui un intervento statale costituisce la contropartita di prestazioni effettuate dalle imprese onerate da oneri di servizio pubblico, tali imprese non traggono un vantaggio finanziario e pertanto l'intervento statale non è aiuto di Stato, anche perché esso non pone le imprese beneficiarie in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto ai concorrenti²¹⁶.

Dopo avere richiamato tale tesi, la Corte ha indicato le quattro condizioni necessarie affinché la compensazione per oneri di servizio pubblico possa sottrarsi alla qualificazione di aiuto di Stato. In *primo luogo*, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, i quali devono essere definiti in modo chiaro. In *secondo luogo*, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto alle imprese concorrenti. La compensazione pubblica delle perdite subite da un'impresa senza che siano stati previamente stabiliti i parametri della compensazione, unita al fatto che la gestione del SIEG da parte dell'impresa incaricata non è stata economicamente redditizia, costituisce un intervento finanziario che rientra nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, TFUE. In *terzo luogo*, la compensazione non può eccedere quanto necessario

²¹⁵ Si vedano i punti 85 ed 86 della sentenza *Altmark*, in cui la Corte cita la propria giurisprudenza *Oli Usati* e *Ferring*, riconducibile, come abbiamo visto, alla tesi compensativa.

²¹⁶ *Ibidem*, punto 87.

per coprire interamente o parzialmente i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole. Tale condizione è infatti indispensabile per garantire che all'impresa beneficiaria non venga concessa una “sovracompensazione” (*overcompensation*), tale da rafforzare la posizione concorrenziale e falsare così la concorrenza nel mercato di riferimento. In *quarto luogo*, quando la scelta dell'impresa da incaricare non sia effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa, il livello della compensazione pubblica deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, dovrebbe sostenere per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il loro adempimento.

Di conseguenza, in base a quanto stabilito dalla Corte in questa importante sentenza, solo in presenza di tutte queste quattro condizioni i finanziamenti pubblici concessi ad imprese onerate da obblighi di servizio pubblico, al fine di compensare i costi dovuti all'adempimento di tali obblighi, non costituiscono aiuti. Per contro, un intervento pubblico che non soddisfi anche solo una delle suddette condizioni costituisce un aiuto di Stato.

4 – ALCUNE CRITICITÀ NELLE QUATTRO CONDIZIONI DI *ALTMARK*. I SIEG DI STAMPO SOCIALE ED IL CASO *BUPA*

Nel risolvere la questione sulla natura giuridica dei finanziamenti pubblici agli operatori SIEG, la Corte in *Altmark* non ha aderito alla tesi dell'aiuto né alla tesi del non aiuto, ma ha adottato un approccio intermedio, un “ibrido ambiguo”²¹⁷ tra le due tesi fino ad allora predominanti. Infatti, se da un lato ha chiarito che, entro una certa misura,

²¹⁷ Così J.L. BUENDIA SERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 198.

la compensazione per lo svolgimento di un servizio di interesse economico generale può non costituire aiuto di Stato; dall'altro lato la Corte non ha nemmeno adottato l'approccio "compensativo", poiché ha chiarito che la compensazione alle imprese esercenti un SIEG non è automaticamente esente dall'applicazione dell'art. 107, paragrafo 1 TFUE. Invece, la Corte ha stabilito che quattro condizioni cumulative devono essere rispettate prima di escludere che la compensazione costituisca aiuto di Stato²¹⁸.

La prima e la terza condizione (necessità di un atto di affidamento del servizio ed assenza di sovra compensazione) sono di agevole soddisfazione, poiché riproducono due condizioni di esistenza dei SIEG, previste *ex art.* 106, paragrafo 2 TFUE.

Gli elementi innovativi – e per certi versi più problematici della sentenza *Altmark* - sono rappresentati dalla seconda e dalla quarta condizione. Per quanto riguarda la seconda condizione, la necessità che i parametri per la compensazione di pubblico servizio siano calcolati non solo in maniera oggettiva e trasparente, ma anche in anticipo rispetto all'effettiva prestazione del servizio, significa che una compensazione calcolata *ex post*, sulla base dei costi reali effettivamente sostenuti dall'impresa, non soddisferebbe il test di *Altmark* e dovrebbe quindi essere notificata alla Commissione come aiuto di Stato.

Ancora più complessa è la quarta condizione, in base alla quale il livello della compensazione per l'impresa incaricata di un SIEG deve essere limitato, nonché determinato *ex ante* attraverso due possibili metodi alternativi:

a) il cd. *tender method*, in cui l'impresa è scelta a seguito di una gara ad evidenza pubblica sulla base della quale è anche calcolato l'ammontare della compensazione (sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa);

²¹⁸ La sentenza *Altmark*, lodata e criticata da diversi autori e sotto diversi punti di vista, rappresenta quindi un esempio di giurisprudenza "pretoria", in cui la Corte crea una regola di diritto per chiarire una questione giuridica irrisolta. In buona sostanza, essa ha stabilito che, al fine di evitare controlli sotto forma di indagine approfondita da parte della Commissione, i SIEG devono essere soggetti a parametri di efficienza. In caso contrario, il potenziale di distorsione derivante dalla compensazione di qualsiasi costo effettivo sarebbe troppo alto ed il controllo da parte della Commissione sarebbe necessario.

b) il cd. *benchmarking method*, previsto in assenza di gara, in base al quale l'ammontare della compensazione deve essere determinato sulla base dei costi che un'impresa media, ben gestita e provvista di mezzi adeguati al fine adempiere ai suoi obblighi di servizio pubblico dovrebbe affrontare nella gestione del servizio, tenendo conto altresì di un margine di profitto ragionevole.

La seconda e la quarta condizione di *Altmark*, in buona sostanza, richiedono che il dato economico correlato agli interventi finanziari pubblici non sia strutturato forfetariamente, ma definito sulla base di parametri prestabiliti e noti *ab origine* in modo obiettivo e trasparente. In dottrina è stato rilevato che tale sistema consente una partecipazione dei potenziali concorrenti interessati alla prestazione di un SIEG²¹⁹, e contribuisce a un migliore controllo, da parte delle autorità pubbliche, delle modalità di funzionamento delle imprese incaricate, con specifico riferimento alla loro efficienza.

D'altro canto, le condizioni *Altmark* introducono inevitabilmente un certo margine di discrezionalità e, quindi, di disomogeneità applicativa²²⁰. In primo luogo, infatti, non è semplice calcolare *ex ante* i costi di gestione di un SIEG e, conseguentemente, il *quantum* della compensazione pubblica. Il sostegno finanziario, non potendo risultare eccedente rispetto a quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli oneri di servizio pubblico, se da un lato evita che all'impresa venga concesso un vantaggio economico sotto la parvenza di una misura compensativa, non è agevolmente calcolabile, anche perché, come specificato dalla stessa sentenza *Altmark*, bisogna tener conto degli introiti

²¹⁹ M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie*, cit., p. 145.

²²⁰ L'applicazione pratica di questa condizione non è agevole ed ha da sempre suscitato problematiche applicative ed originato un notevole contenzioso. Cfr., *ex multis*, sentenze della Corte 13 maggio 1993, causa C-320/91, *Courbeau*, cit.; 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, cit.; 23 ottobre 1997, causa C-159/94, *Commissione c. Francia (Monopolio francese dell'elettricità)*, in *Racc.*, p. I-5815, punti 90-107; 23 ottobre 1997, causa C-158/94, *Commissione c. Italia (Diritti esclusivi di importazione ed esportazione di energia elettrica)*, in *Racc.*, p. I-5789, punti 46-60; 23 ottobre 1997, causa C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi (Diritti esclusivi di importazione di energia)*, in *Racc.*, p. I-5699, punti 48-64; 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glockner*, cit.

relativi agli OSP nonché di un “margine di utile ragionevole” per l’adempimento degli stessi.

Inoltre, l’individuazione del *quantum* della compensazione è ancor più difficile da calcolare nell’ipotesi, ammessa dalla sentenza *Altmark*, in cui le autorità pubbliche decidano di non affidare il servizio a seguito di una gara ad evidenza pubblica. In questo caso, la difficoltà è rappresentata dall’individuazione – in astratto - dei costi che un’impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi necessari per poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, dovrebbe sostenere per adempiere la missione affidatale²²¹.

Le difficoltà insite nell’approccio seguito dalla Corte in *Altmark* sono da subito emerse nella prassi. In un’occasione, rappresentata dal caso *BUPA*²²², la stessa giurisprudenza ha “ridimensionato” la terza e la quarta condizione di *Altmark*²²³. In tale sentenza il Tribunale ha rigettato il ricorso contro la decisione della Commissione che aveva dichiarato “aiuto compatibile” il regime irlandese di assicurazione obbligatoria di malattia, fondato su forme di sostegno alle imprese assicuratrici che offrono una copertura assicurativa ai cittadini con un “profilo di rischio meno sano”²²⁴. In *BUPA* il Tribunale ha anzitutto rilevato che nella fattispecie, pur in mancanza di un vero e proprio atto di incarico ai sensi dell’art. 106

²²¹ Sulle criticità e l’incertezza inevitabilmente contenuta in questo test – ed in particolare sull’assenza di regole per l’individuazione dell’impresa *benchmark* in caso di mancanza di gara, si è espressa la dottrina dominante: v. T. JAEGER, *What is wrong with SGEI? In 8th expert’s Forum on new developments in European State aid law – Atti del convegno*, Bruxelles 10-11 giugno 2010, p. 30; N. WRIGHT, *Ibidem*, p. 39.

²²² Sentenza del Tribunale 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, in *Racc.*, p. II-81. Tra i numerosi commenti alla sentenza, L. DRIGUEZ, *Compensations d’obligations de service public, in Europe*, aprile 2008, p. 24 ss.; A. BIONDI, *BUPA v. Commission*, in *ESTAL*, 2008, p. 401 ss.; J.Y. CHEROT, *Le TPICE se prononce sur la portée de la jurisprudence Altmark*, in *Concurrences*, n. 2, 2008, p. 144 ss.; S. RODRIGUES, *Le TPICE apporte une nouvelle pierre à l’interprétation de l’article 86.2 CE notamment sous l’angle du partage des responsabilités et des compétences entre Etats membres et Communauté européenne à l’égard des entreprises chargées de la gestion de services d’intérêt économique général*, in *Concurrences*, n. 2, 2008, p. 178 ss.; W. SAUTER, in *CMLR*, 2009, p. 269 ss.; M. ROSS, *A healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance*, in *European Law Review*, 2009, p. 127 ss.

²²³ In questo senso, C. IANNONE, *L’intervento pubblico*, cit., p. 93; M. MEROLA, T. UBALDI, *The 2011 Almunia Package and the Challenges ahead: Are the New rules Flexible Enough to Fit the Wide Variety of SGEI?*, in *ESTAL*, n. 2, 2012, p. 17 ss., p. 32.

²²⁴ Tali imprese sopportano infatti rischi maggiori dal punto di vista economico, ed in mancanza di sovvenzioni, esse opererebbero in perdita.

paragrafo 2 TFUE (si tratta infatti di un mercato aperto in cui non sono presenti diritti speciali o esclusivi), la missione di interesse economico generale è desumibile dal quadro normativo che regola l'attività in questione; si tratta pertanto di una modalità di attribuzione di un onere di servizio pubblico ex art. 106 paragrafo 2. Dopo aver stabilito che l'attività in questione rappresenta un SIEG, il Tribunale ha esaminato se i finanziamenti pubblici fossero o meno aiuti, applicando la giurisprudenza *Altmark*. In proposito, il Tribunale ha sancito che la terza e la quarta condizione di *Altmark* non vietano al legislatore nazionale un certo margine di discrezionalità ed ammettono un finanziamento che non sia collegato direttamente con la prestazione. Infatti, gli Stati membri dispongono di un margine di valutazione non solo per quanto attiene alla scelta delle missioni di servizio pubblico, ma anche per quanto riguarda la compensazione dei costi, la quale discende da una valutazione di fatti economicamente complessi. In tal caso, il controllo della Commissione è dovuto, ma deve limitarsi a verificare se le sovvenzioni siano necessarie affinché la missione di interesse economico generale sia adempiuta in condizioni economicamente accettabili, o se invece il regime nazionale sia manifestamente inadeguato rispetto all'obiettivo perseguito. Il Tribunale ha pertanto dichiarato che il regime irlandese non costituisce un aiuto di Stato, contrariamente alla decisione della Commissione.

La sentenza *BUPA*, oggetto di numerosi commenti, è rimasta una pronuncia isolata; pertanto non è chiaro capire in presenza di quale *discrimen* il Tribunale sia portato ad applicare in maniera flessibile *Altmark*. Il contesto fattuale di *BUPA* è difatti completamente diverso da quello di *Altmark*: in primo luogo, perché il mercato irlandese delle assicurazioni malattia è un mercato aperto, senza barriere all'entrata né diritti speciali o esclusivi; in secondo luogo, perché – diversamente a *Altmark* - non si tratta di sovvenzionare un servizio in perdita; in terzo luogo, perché il meccanismo di compensazione dei costi del SIEG non è direttamente basato sui costi del servizio, né l'ammontare della compensazione è direttamente legato ai costi per la fornitura del servizio stesso. Non è

pertanto chiaro se il Tribunale sia pronto ad applicare in maniera flessibile i criteri di *Altmark* in tutti i casi in cui, ad esempio, siano in esame SIEG si tipo “sociale”²²⁵, ovvero se si tratta di una pronuncia legata alle peculiarità e specificità della fattispecie concreta.

5- IL QUADRO NORMATIVO PER VALUTARE LA COMPATIBILITÀ DEGLI AIUTI DI STATO SOTTO FORMA DI COMPENSAZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO

5.1. Il Pacchetto *post-Altmark* della Commissione europea

A valle della sentenza *Altmark*, le quattro condizioni da rispettare perché la compensazione pubblica al gestore di un SIEG non sia considerata aiuto di Stato si sono da subito rivelate molto difficili da definire e da soddisfare per la maggioranza degli operatori economici²²⁶. Gli Stati membri e le imprese incaricate richiedevano regole più chiare e certe, e chiesero alla Commissione di adottare una comunicazione interpretativa di *Altmark* che chiarisse come le quattro condizioni potessero essere rispettate. La Commissione, istituzionalmente non competente ad interpretare (o piuttosto, a reinterpretare) la giurisprudenza del Tribunale, ha invece agito nel quadro delle proprie competenze istituzionali: da un lato, applicando il

²²⁵ In questo senso, M MEROLA, T. UBALDI, *The 2011 Almunia Package and the Challenges ahead*, cit., p. 33; come sottolineano gli Autori, la sentenza è comunque importante perché mette in evidenza che la giurisprudenza è pronta ad applicare *Altmark* in maniera flessibile, adattandole alle specificità del caso concreto. Ciò è a maggior ragione vero in un settore come quello dei SIEG, in cui sono inclusi sia i servizi delle industrie di rete di larga scala, sia i servizi sociali, talvolta prestati su base locale.

²²⁶ Come sottolinea J.L. BUENDIA SERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 200, all'indomani della sentenza vi furono interpretazioni molto flessibili dei criteri di *Altmark* per poterli adattare al maggior numero di casi. Ad esempio, un'idea fu quella di interpretare il requisito della gara d'appalto della quarta condizione in modo formale, così che qualunque procedura compatibile con le direttive per sugli appalti pubblici fosse sufficiente a superare il test, anche senza una competitività effettiva. Oppure, si utilizzavano come parametro di riferimento i costi dell'operatore SIEG stesso, affermando che nessun'altra impresa si trovava in una posizione comparabile. Queste letture avrebbero convertito il *test* di *Altmark* in una semplice formalità e difficilmente avrebbero ricevuto l'approvazione delle giurisdizioni dell'Unione.

test *Altmark* ai casi concreti che è chiamata ad esaminare; dall'altro lato, definendo le regole di compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato²²⁷.

Per quanto riguarda il primo ambito di intervento, la Commissione si è mostrata rigorosa nell'applicazione del test di *Altmark* ai casi da essa esaminati, e solo in poche occasioni ha ritenuto che una compensazione di pubblico servizio abbia superato il test²²⁸, sfuggendo alla qualifica di aiuto.

L'Istituzione si è invece mostrata più flessibile nel secondo ambito di intervento, determinando i criteri in presenza dei quali un finanziamento che si configura come aiuto di Stato ai sensi della giurisprudenza *Altmark* è comunque compatibile con il mercato e, pertanto, non è soggetto all'obbligo di recupero. In questo quadro di riferimento, la Commissione ha adottato un pacchetto di strumenti normativi (cd. "Pacchetto post-Altmark" o "Pacchetto Monti", dal nome dell'allora Commissario per la concorrenza²²⁹) che chiarisce le condizioni di compatibilità degli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico²³⁰. La base giuridica di questi strumenti è costituita dall'art. 106 paragrafo 3 TFUE, che garantisce in via esclusiva alla Commissione il potere di adottare

²²⁷ Come è noto, nei limiti di cui all'art. 107 paragrafo 3 TFUE, la Commissione ha competenza esclusiva nel dichiarare determinati aiuti di Stato compatibili con il mercato interno. La Commissione, nell'ambito del proprio potere discrezionale in tale materia – che implica valutazioni economiche complesse - ha realizzato, nel corso della sua prassi, un insieme coerente e completo di regole, poi "codificate" nei vari regolamenti di esenzione, comunicazioni e linee guida. V. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 826-827.

²²⁸ Sul punto, si veda *infra* § 6.

²²⁹ V. il comunicato stampa IP/05/937, disponibile al sito www.ec.europa.eu.

²³⁰ Essendo le quattro condizioni delineate dalla Corte di Giustizia in *Altmark* di difficile realizzazione, la grande maggioranza degli schemi esistenti per il finanziamento dei servizi pubblici avrebbe probabilmente dovuto essere considerata aiuto di Stato. Poiché molti di essi non erano stati notificati alla Commissione, essi dovevano considerarsi aiuti illegittimi accordati contravvenendo alle regole di procedura di cui all'art. 108 TFUE. Di conseguenza, secondo la giurisprudenza (cfr. sentenza della Corte causa C-354/90, *Saumon*, in *Racc.*, p. I-5505), i giudici nazionali avrebbero dovuto sospendere l'erogazione ovvero ordinare recupero degli aiuti già accordati. In una tale situazione di mancanza di certezza del diritto, su iniziativa dell'allora Commissario per la Concorrenza Monti, la Commissione propose un pacchetto di strumenti giuridici che hanno introdotto una sorta di "esenzione per categoria" per livelli relativamente bassi di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, in modo che gli schemi che rispettavano le condizioni sarebbero stati dichiarati compatibili ed esenti dall'obbligo di notifica.

direttive o decisioni necessarie per applicare l'art. 106 paragrafi 1 e 2 TFUE²³¹.

La proposta della Commissione ha trovato grande sostegno tra gli Stati membri così come all'interno del Parlamento europeo; ed il pacchetto Monti è stato adottato nel 2005. Esso era composto da tre strumenti:

- la Decisione della Commissione n. 2005/842/CE del 28 novembre 2005, 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 generale²³² (nel prosieguo, la "Decisione 2005");

- il Quadro di riferimento per gli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico²³³;

- ed infine una Direttiva che ha introdotto una (limitata) modifica tecnica alla direttiva trasparenza²³⁴.

Il primo dei tre strumenti era il più importante²³⁵. La Decisione 2005 introduceva una vera e propria esenzione dall'obbligo di notifica per gli aiuti conferiti agli operatori SIEG di ammontare inferiore a determinate soglie. Più specificamente, la decisione del 2005 esentava dall'obbligo di notifica tutti gli aiuti di ammontare inferiore a 30 milioni di Euro annui, a

²³¹ V. *supra*, § 1. Se di fatto la Commissione ha sempre usato questi poteri quasi-legislativi in maniera prudente, ciononostante essi sono sempre risultati delicati sul piano politico ed infatti – ogni volta che la Commissione li ha usati per imporre requisiti di trasparenza o per la liberalizzazione di certi mercati - essi sono stati messi in discussione dagli Stati. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha in diverse occasioni confermato la legittimità dei diversi atti adottati dalla Commissione su questa base giuridica: cfr. le sentenze della Corte 6 luglio 1982, cause riunite C-188/80, 189/80 e 190/80, *Italia, Francia, Regno Unito c. Commissione (Direttiva trasparenza)*, cit., punti 11-14; 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione (Concorrenza nei terminali di telecomunicazione)*, cit., punti 23-26; 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, 281/90 e 289/90, *Spagna, Belgio, Italia c. Commissione (Concorrenza sui mercati dei servizi di telecomunicazioni)*, cit., punto 14; 29 marzo 2001, causa C-16/99, *Portogallo c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-2616, par. 23.

²³² In GU L 312 del 29 novembre 2005, p. 67 ss.

²³³ In GU C 297 del 29 novembre 2005, p. 4 ss.

²³⁴ Direttiva 2005/81/CE della Commissione, del 28 novembre 2005, che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese, in GU L 312 del 29 novembre 2005, p. 47 ss.

²³⁵ In questo stesso senso, J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections on the Almunia Package*, in *ESTAL*, n. 2, 2012, p. 63 ss., p. 65.

condizione che il fatturato annuo delle imprese beneficiarie non superasse i 100 milioni di Euro.

Oltre a queste soglie generali, la Decisione 2005 prevedeva un'esenzione per i beneficiari di aiuti attivi nel settore degli ospedali, edilizia popolare, trasporti marittimi ed aerei verso le isole, a prescindere dall'ammontare dell'aiuto. Tale esenzione era inoltre estesa agli aiuti sotto forma di compensazione ai porti ed agli aeroporti il cui traffico annuo era inferiore ad un dato volume di passeggeri²³⁶.

In tutti questi casi coperti dalla Decisione del 2005, gli aiuti erano considerati compatibili *ex ante*, senza necessità quindi di una notifica specifica alla Commissione, sulla base dell'art. 108, paragrafo 2 TFUE. Altrimenti, per le compensazioni e/o le imprese che superavano le soglie previste nella Decisione 2005, non era prevista l'esenzione dall'obbligo di notifica: tali aiuti dovevano quindi essere comunicati alla Commissione in conformità alla normale procedura.

Il Quadro di riferimento costituiva lo strumento utilizzato dalla Commissione per esaminare la compatibilità degli aiuti non rientranti nella decisione del 2005 e ad essa notificati. Tale strumento, essenzialmente basato sulla prassi della Commissione sull'art. 106 TFUE, illustrava le modalità di applicazione del test di proporzionalità da parte della Commissione.

Il terzo strumento del "Pacchetto Monti", come detto, era rappresentato da una direttiva modificativa della direttiva trasparenza. La finalità della direttiva era di aumentare la qualità delle informazioni contabili registrate dagli operatori dei servizi di interesse economico generale. Grazie alla direttiva, gli operatori SIEG sono stati sottoposti all'obbligo della gestione separata, a prescindere dalla struttura pubblica o privata della proprietà dell'impresa; mentre in precedenza tale obbligo era previsto dalla direttiva trasparenza solo per le imprese pubbliche.

²³⁶ In questi casi, comunque, la decisione prevedeva condizioni ulteriori per poter beneficiare dell'esenzione: ad esempio, era prevista la necessità di un formale atto di incarico, la trasparenza sui metodi di calcolo della compensazione e la necessità di evitare sovra-compensazioni.

5.2. La riforma del pacchetto Monti e l'adozione di una nuova serie di atti per la valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato ai SIEG

Come previsto dall'art. 9 della Decisione 2005/842/CE, nel 2009 la Commissione ha iniziato una valutazione dell'impatto delle misure sopra descritte, con la prospettiva di un'eventuale revisione della propria politica in questo campo. La consultazione era stata preceduta da un rapporto del 2010, da cui era emerso il grande impatto dei servizi pubblici per l'economia dell'Unione: il settore rappresenta difatti più di un quarto del PIL degli Stati membri ed impiega circa il 30% della forza lavoro nell'UE²³⁷.

In un primo momento, tra il 2008 ed il 2009, la consultazione pubblica ha riguardato solo gli Stati membri²³⁸. I contributi delle autorità nazionali hanno fornito una panoramica sull'applicazione concreta del Pacchetto Monti; sono tuttavia mancate informazioni e statistiche più precise, a causa dell'impossibilità per le autorità nazionali di raccogliere informazioni relative ad un settore la cui applicazione è sovente dispersa in vari livelli di governo²³⁹. A seguito di questa prima consultazione, nel 2010 la Commissione ne ha lanciata una seconda, più ampia, a cui hanno partecipato un centinaio di parti interessate rappresentative di vari settori economici, tra cui autorità locali e nazionali, operatori privati di servizi di interesse economico generale, singoli cittadini. Da questa seconda consultazione, oltre al generale apprezzamento per il Pacchetto Monti, è emerso che, molto spesso, le norme non erano applicate dalle autorità

²³⁷ *Public services in the European Union and in the 27 Member States*, Mapping of public services project, maggio 2010. Lo studio è disponibile al sito: www.ceep.eu.

²³⁸ Per una panoramica sulla consultazione ed una sintesi delle principali risposte, A. SINNAEVE, *The Report and Communication on Services of General Economic Interest: Stocktaking and Outlook for reform*, in *ESTAL*, n. 2, 2011, p. 211 ss.; G. KAMARIS, *The Reform of EU State Aid Rules for Services of General Economic interest in Times of Austerity*, in *ECLR*, n. 2, 2012, p. 56 ss. Più ampiamente, sulle diverse fasi del processo di riforma, E. RIGHINI, *The reform of the State aid rules on financing of public services. Paving the way towards a Clearer, Simpler and more diversified Framework*, in *ESTAL*, n. 2, 2012, p. 3 ss., ed in particolare pp. 7-12.

²³⁹ E. RIGHINI, *The reform of the State aid rules on financing of public services*, cit., p. 7, che evidenzia come già questa prima consultazione facesse emergere l'auspicio delle parti interessate di introdurre miglioramenti alle regole esistenti.

pubbliche (soprattutto quelle di dimensioni ridotte) a causa della loro complessità, o semplicemente per il fatto che molte autorità locali nemmeno erano al corrente dell'esistenza delle norme stesse²⁴⁰.

Nel mese di marzo 2011 la Commissione ha pubblicato una Comunicazione²⁴¹ e un Rapporto²⁴² sulla possibile riforma delle regole esistenti²⁴³, ed ha nuovamente ascoltato i commenti delle diverse parti interessate al fine di discutere più nel dettaglio le adottande norme. Successivamente, nel mese di settembre 2011 la Commissione ha redatto una bozza del nuovo pacchetto (“*draft package*”) lanciando un’ulteriore consultazione pubblica aperta a tutti i soggetti interessati²⁴⁴. La Commissione ha ricevuto numerosi contributi da parte degli Stati membri, Università, enti locali e grandi imprese di rete, e più in generale da rappresentanti della società civile²⁴⁵. In seguito, i progetti di norme sono stati rivisti per tenere conto delle osservazioni formulate nell'ambito della consultazione.

In data 20 dicembre 2011, la Commissione ha infine approvato il nuovo pacchetto di norme²⁴⁶, che chiarisce i principi fondamentali in materia

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 8.

²⁴¹ *Reform of the EU State aid rules on Services of General economic interest*, doc. COM(2011) 16 def.

²⁴² Cfr. doc. SEC(2011)397.

²⁴³ COMMISSIONE EUROPEA, *Commission moves towards reform of State aid rules on Services of general economic interest*, IP/11/347 del 23 marzo 2011, disponibile al sito www.ec.europa.eu.

²⁴⁴ Il testo della consultazione pubblica si può leggere al seguente indirizzo internet: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_sgei/index_en.html.

²⁴⁵ Si tratta di uno sforzo lodevole della Commissione, che attraverso un procedimento consultivo senza precedenti si è aperta all’ascolto delle istanze di tutte le parti interessate. Quanto al contributo effettivo dei partecipanti alla consultazione, funzionari della Commissione hanno evidenziato che le risposte sono state talvolta “parziali”: ad esempio, nella consultazione riservata agli Stati membri molte risposte sono state succinte, frammentarie o persino “*deficient*”; mentre le risposte della seconda consultazione, aperta a tutti i rappresentanti della società civile sono pervenute per la maggior parte da realtà appartenenti a tre Stati membri: Francia, Germania e Belgio, mentre da altri Stati non è pervenuta alcuna osservazione. Ciò con la conseguenza che anche la seconda consultazione ha valore informativo ridotto, specialmente in un settore, quello dei servizi pubblici, in cui permangono notevoli e rilevanti differenze dovute alle singole tradizioni nazionali. Si veda in proposito il contributo di A. SINNAEVE, *The Report and Communication*, cit., pp. 214 e 215.

²⁴⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Aiuti di Stato: Commissione adotta nuove disposizioni sui servizi di interesse economico generale (SIEG)*, IP/11/1572, disponibile al sito www.europa.eu.; MLEX, *EC Statement: State Aid – Commission adopts new rules on service of general economic interest*, 20 dicembre 2011. Il nuovo pacchetto legislativo può essere consultato all’indirizzo internet:

di aiuti di Stato ai SIEG e introduce un approccio più proporzionato e diversificato, con norme più semplici per i servizi di portata ridotta o locale o che perseguono un obiettivo sociale, e norme che invece introducono un'analisi concorrenziale più dettagliata e severa per i SIEG di dimensioni più ampie²⁴⁷. Le nuove norme, che sostituiscono il "Pacchetto Monti", chiariscono nozioni di base nel settore dei SIEG, al fine di agevolare l'applicazione da parte delle autorità nazionali, locali o regionali.

5.3. Il “pacchetto Almunia” del 2011

L'adozione dei nuovi atti della Commissione in materia di aiuti ai SIEG ha un triplice obiettivo: in primo luogo, la chiarificazione e semplificazione delle regole; in secondo luogo, una riduzione del carico amministrativo per i servizi di interesse economico generale di dimensione ridotta (ad esempio i servizi pubblici locali) e, parallelamente, l'introduzione di un'analisi più dettagliata per i SIEG di maggiori dimensioni, quali quelli

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html. Tra i primi commenti alle nuove misure, E. REGNER, *Reform of the Legal Framework for Services of General Economic Interest: Where do we stand? What should a reform Look Like?* in *ESTAL*, n. 4, 2011, p. 597 ss; N. JAASKINEN, *The New Rules on SGEI*, in *ESTAL*, n. 4, 2011, p. 599 ss.; E. RIGHINI, *The reform of the State aid rules on financing of public services*, cit.; J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit.; D. GÉRADIN, *Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework*, in *ESTAL*, n. 2, 2012, p. 51 ss.; M. MEROLA, T. UBALDI, *The 2011 Almunia Package and the Challenges ahead*, cit.; J.-Y. CHÉROT, J. DERENNE, B. STROMSKY, *La Commission européenne publie les textes qui constituent le paquet “Post-Altmark” pour l'évaluation des compensations de service public*, in *Concurrences*, n. 1, 2012, p. 156 ss.; e *ivi* anche S. RODRIGUES, *State Aids – SGEI: The European Commission adopts three of the four texts reforming the so-called “Altmark” package related to public service compensation and State aids granted to undertakings providing Services of General Economic Interest*, p. 218.

²⁴⁷ Come emerge dalle dichiarazioni del Commissario per la Concorrenza Almunia, obiettivo del nuovo pacchetto è offrire agli Stati membri un quadro più semplice, più chiaro e flessibile per sostenere economicamente l'erogazione ai cittadini di servizi pubblici di alta qualità che si sono resi ancora più necessari in tempo di crisi economica. Obiettivo della Commissione è garantire che le imprese incaricate di servizi di interesse generale non ricevano una compensazione eccessiva, al fine di salvaguardare le attività concorrenti e l'occupazione e garantire un impiego efficiente delle risorse pubbliche. Si veda il comunicato stampa della COMMISSIONE EUROPEA, *Aiuti di Stato: Commissione adotta nuove disposizioni sui servizi di interesse economico generale*, cit.

relativi alle grandi industrie di rete; in terzo luogo, tenere conto delle specificità nazionali nell'organizzazione dei pubblici servizi²⁴⁸.

Il nuovo pacchetto è composto da quattro strumenti, applicabili nei confronti di tutte le autorità (nazionali, regionali e locali) che concedono una compensazione per la prestazione di servizi di interesse generale.

Il primo strumento è una nuova Comunicazione della Commissione (nel prosieguo, la “Comunicazione”)²⁴⁹, che chiarisce i concetti principali in materia di aiuti di Stato ai SIEG, in particolare quelli che, come vedremo nel prosieguo, hanno dato luogo alle maggiori difficoltà applicative. La Comunicazione non definisce solo i concetti principali della materia, ma illustra altresì l'approccio della Commissione riguardo alle circostanze in cui i criteri di *Altmark* possono considerarsi rispettati e quindi si possa escludere la natura di aiuto di Stato di una misura. La Comunicazione resta comunque uno strumento giuridico non vincolante (se non per la stessa Commissione) in cui tuttavia la Commissione, in nome dell'obiettivo di chiarificazione e semplificazione, si è spinta a spiegare dei concetti che toccano la nozione stessa di aiuto di Stato, la cui definizione – di natura strettamente giuridica - spetta in via esclusiva alla Corte di giustizia. Di fatto poi, nella Comunicazione la Commissione non si è limitata a “codificare” e sistematizzare la giurisprudenza esistente, ma ha talvolta fornito una propria “interpretazione creativa” in specifici punti²⁵⁰.

Il secondo strumento del nuovo pacchetto Almunia è costituito da una decisione della Commissione (nel prosieguo, semplicemente la “Decisione”)²⁵¹, adottata sulla base dell'art. 106 paragrafo 3 del TFUE.

²⁴⁸ Si veda il discorso del Vicepresidente della Commissione e Commissario per la Concorrenza Almunia: *Reform of the State aid rules for Services of general economic interest*, SPEECH/11/901.

²⁴⁹ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, in GUUE C 8 del 11 gennaio 2012, p. 4 ss.

²⁵⁰ Così, J. L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 66.

²⁵¹ Decisione della Commissione del 20 dicembre 2011 riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, in GUUE L 7 del 11 gennaio 2012, p. 3 ss.

Analogamente alla Decisione 2005, la nuova Decisione prevede che determinati aiuti – inferiori a certe soglie – siano compatibili con il mercato interno secondo una valutazione *ex ante*, e sono perciò esentati dall’obbligo di notifica. In particolare, l’esenzione si applica alle compensazioni pubbliche di ammontare annuo inferiore ai 15 milioni di Euro²⁵², ben al di sotto, quindi, della soglia di 30 milioni di Euro prevista dalla decisione del 2005. Al contempo, è stato rimosso il limite del fatturato dell’impresa beneficiaria, fissato in precedenza a 100 milioni di Euro nell’ultimo anno: pertanto, oggi possono beneficiare dell’esenzione anche imprese aventi fatturati al di sopra di tale soglia, essendo ormai rilevante solo l’ammontare dell’aiuto²⁵³.

La Decisione ripropone alcune eccezioni settoriali già presenti nel Pacchetto Monti. In particolare, ai sensi dell’art. 2, il limite dei 15 milioni di Euro non si applica ai servizi di interesse economico generale nel settore degli ospedali, dell’assistenza sanitaria, dell’assistenza di lunga durata, dei servizi per l’infanzia, del collocamento all’impiego, e dell’edilizia sociale²⁵⁴. Per questi SIEG di stampo sociale vi è dunque un trattamento di maggior favore, dal momento che il regime più vantaggioso previsto dalla Decisione si applica a prescindere dall’ammontare dell’aiuto.

Regole *ad hoc* sono inoltre previste nel settore dei trasporti terrestri (su strada e ferrovia), ai quali non si applica la decisione: gli aiuti in questo settore non sono quindi suscettibili di esenzione né sono considerati

²⁵² E’ stata quindi dimezzata la soglia precedentemente fissata a 30 milioni di Euro dal Pacchetto Monti. Questa novità è da valutare positivamente, dal momento che la soglia più alta applicata in precedenza sottraeva al controllo della Commissione contratti molto consistenti in settori di rilievo del mercato interno.

²⁵³ Come evidenziato in dottrina, la nuova decisione, eliminando i limiti del fatturato annuale dell’impresa, pone l’enfasi sull’ammontare della compensazione anziché sulla dimensione dell’impresa che lo gestisce e beneficia dei finanziamenti: J. L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 67.

²⁵⁴ In precedenza, erano esentati soltanto gli ospedali e l’edilizia sociale. La nuova normativa estende quindi l’ambito di applicazione dell’esenzione dall’obbligo di notifica; tuttavia, non è chiaro dalla formulazione dell’art. 2 se tutti i servizi sociali siano automaticamente compatibili ed esentati dall’obbligo di notifica, ovvero solo quelli espressamente elencati (in tal senso anche J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 66). Questo si potrà capire sulla base della prassi decisionale che si formerà sulla base dei nuovi strumenti. A favore di una lettura non esaustiva dell’elencazione, G. KAMARIS, *The Reform*, cit., p. 59.

compatibili a priori, anche se inferiori alla soglia dei 15 milioni di Euro. Invece, la decisione è applicabile nel settore dei trasporti marittimi ed aerei e prevede un'esenzione dall'obbligo di notifica per gli aiuti ai vettori che collegano le isole ovvero porti o aeroporti di modeste dimensioni²⁵⁵.

Il terzo atto di cui si compone il Pacchetto Almunia è costituito da una Comunicazione che introduce una disciplina per la valutazione degli aiuti di Stato sotto forma di compensazione ai SIEG (la "Disciplina")²⁵⁶. Lo strumento contiene le regole sulla base delle quali la Commissione valuterà la compatibilità delle misure di aiuto che le sono notificate in quanto non rientranti nelle soglie previste dalla decisione. Si tratta degli aiuti di importo maggiore e non diretti ad operatori attivi nel settore dei servizi sociali; per essi la Commissione effettuerà un'analisi approfondita del loro impatto concorrenziale, prima di dichiararli compatibili. Le nuove norme introducono, in particolare, una metodologia precisa per stabilire l'ammontare della compensazione, l'obbligo per gli Stati membri di prevedere incentivi all'efficienza nei meccanismi di compensazione, l'obbligo di rispettare le norme dell'Unione in materia di appalti pubblici e la parità di trattamento tra i fornitori dello stesso servizio nella determinazione della compensazione²⁵⁷. La Commissione può inoltre chiedere agli Stati membri di adottare misure per ridurre gli effetti anticoncorrenziali di determinate compensazioni che hanno forti probabilità di falsare la concorrenza nel mercato interno.

²⁵⁵ Si tratta dei collegamenti aerei o marittimi verso le isole con traffico annuale medio non superiore a 300.000 passeggeri nei due esercizi precedenti a quello in cui è stato concesso il SIEG (art. 2 lettera d); nonché dei compensi per la prestazione di SIEG a porti ed aeroporti con un traffico annuale medio inferiore ai 200.000 passeggeri (per gli aeroporti) o 300.000 passeggeri (per i porti) nei due esercizi precedenti a quello in cui è stato affidato il SIEG. La Decisione – e l'esenzione dall'obbligo di notifica – si applicano ai trasporti aerei e marittimi solo se sono rispettate contemporaneamente le regole previste dai regolamenti di settore e solo per gli aiuti concessi sotto la forma di compensazione di oneri di servizio pubblico.

²⁵⁶ Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2011), in GUUE C 8 del 11 gennaio 2012, p. 15 ss.

²⁵⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Aiuti di Stato: Commissione adotta nuove disposizioni sui servizi di interesse economico generale*, cit. Le novità principali del test di compatibilità introdotte con la nuova disciplina saranno esaminate più nel dettaglio nei paragrafi successivi.

Infine, alcuni mesi dopo l'adozione degli atti appena descritti, la Commissione ha adottato anche un nuovo regolamento *de minimis* (nel prosieguo, il "Regolamento") per il settore dei SIEG²⁵⁸. Ai sensi del Regolamento, una compensazione inferiore i 500 mila Euro garantita ad un operatore SIEG nell'arco di tre anni non è considerata idonea a falsare la concorrenza e il commercio intracomunitario e pertanto, non costituisce aiuto di Stato. Si tratta di una soglia al di sotto della quale il finanziamento è considerato non problematico dal punto di vista della concorrenza. Il regolamento *de minimis* adottato nel settore dei SIEG si affianca al regolamento *de minimis* generale, che prevede una soglia inferiore (200 mila euro nell'arco di tre anni) per la non esistenza dell'aiuto.

Sia la Decisione che la Disciplina sostituiscono i corrispondenti strumenti (la Decisione ed il Quadro di riferimento) del pacchetto Monti. Tra gli atti del precedente pacchetto Monti, resta in vigore soltanto la direttiva 2005/81/CE modificativa della direttiva trasparenza.

6- ALCUNE OSSERVAZIONI DI CARATTERE GENERALE SUL NUOVO PACCHETTO ALMUNIA

Il nuovo pacchetto legislativo è stato salutato con generale favore dai rappresentanti delle Istituzioni, dalla dottrina e dagli operatori del diritto²⁵⁹.

²⁵⁸ Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione del 25 aprile 2012 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore ("*de minimis*") concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale, in GUUE L 114 del 26 aprile 2012, p. 8. Il regolamento *de minimis* sarà in vigore sino al 31 dicembre 2018. Sul regolamento, si veda MLEX, *EC Statement: State aid – Commission adopts the de minimis Regulation for services of general economic interest (SGEI)*, 25 aprile 2012.

²⁵⁹ L'Avvocato generale Jaaskinen ne ha lodato la funzione chiarificatrice di molti concetti complessi, nonché l'approccio "diversificato e proporzionato" che tiene conto della diversa natura e dimensione dei servizi e degli enti pubblici di riferimento. Al contempo, afferma che le nuove regole avrebbero potuto sancire espressamente il punto di equilibrio tra concorrenza e solidarietà, concetto quest'ultimo che, comunque, è presente nei Trattati e che, quindi, non sarà estraneo nel quadro della futura interpretazione da parte delle Istituzioni: Cfr. N. JAASKINEN, *The New Rules on SGEI*, cit., p. 600. In senso critico, invece, E. REGNER, *Reform of the Legal Framework for Services of General Economic Interest: Where do we stand?*, cit., secondo la quale il nuovo pacchetto contiene misure troppo rigorose e, essendo focalizzato esclusivamente sui profili della concorrenza, ignora la funzione solidaristica dei SIEG. Altri autori, pur nel generale apprezzamento delle misure adottate,

In via preliminare, ed prescindere dal contenuto delle misure, l'adozione stessa del pacchetto Almunia da parte della Commissione rappresenta un elemento di notevole importanza²⁶⁰. Infatti, durante la consultazione pubblica diversi Stati membri avevano richiesto che le nuove regole venissero adottate sulla base del nuovo art. 14 TFUE²⁶¹, norma che prevede la procedura legislativa ordinaria con un ruolo preponderante del Consiglio dell'Unione e del Parlamento; anziché sulla base dell'art. 106 paragrafo 3, il quale invece prevede una competenza esclusiva della Commissione. Nonostante questa pressione politica, la Commissione ha evitato di ricorrere alla nuova base giuridica, preferendo utilizzare l'art. 106 paragrafo 3 TFUE. In particolare, nell'esercitare il proprio "monopolio" sulla scelta della base giuridica di una proposta legislativa, la Commissione avrebbe anche potuto scegliere l'art. 14 TFUE, che prevede espressamente la possibilità per il Consiglio ed il Parlamento di adottare atti in materia di SIEG, sulla base della procedura legislativa ordinaria, con particolare riferimento alla questione del finanziamento dei servizi stessi. La scelta dell'art. 106 ha invece permesso alla Commissione di adottare le nuove regole senza subire l'"interferenza" del Parlamento e del Consiglio. Il

auspicano che la Commissione le applichi in maniera flessibile, dal momento che la natura stessa dei SIEG – si tratta infatti di servizi molto eterogenei tra di loro – richiede un approccio attento alle specificità del caso concreto: M MEROLA, T. UBALDI, *The 2011 Almunia Package and the Challenges ahead*, cit. Anche il Comitato delle Regioni, pur nell'ambito di un apprezzamento generale delle nuove misure, evidenzia alcuni punti negativi, ed in particolare le difficoltà che gli enti locali nazionali devono affrontare per rispettare gli obblighi sostanziali e procedurali imposti dall'Unione nell'ambito dell'affidamento dei servizi pubblici. Pur apprezzando il fatto che la Commissione non abbia limitato l'esenzione per i servizi sociali ai soli enti locali con meno di 10 mila abitanti, come previsto nella proposta originaria, il CoR auspica che sia innalzata la soglia del futuro regolamento *de minimis* perché un finanziamento pubblico non sia considerato aiuto di Stato. Infine, per il Comitato delle Regioni, la Commissione avrebbe dovuto occuparsi anche di definire meglio il rapporto tra la disciplina degli aiuti e le nuove disposizioni del trattato di Lisbona che pongono l'enfasi sul ruolo sociale dei servizi pubblici: si veda il comunicato stampa COMITATO DELLE REGIONI, *EU package on public services: Commission doesn't go far enough, CoR rapporteur says*, COR/11/66 del 20 dicembre 2011, disponibile al sito: www.europa.eu. Per approfondimenti sulla posizione del Comitato delle Regioni, K. H. LAMBERTZ, M. HORNUNG, *State Aid Rules on Services of general Economic Interest: For the Committee of regions the Glass is half-full*, in *ESTAL*, n. 2, 2012, p. 329 ss.

²⁶⁰ Come affermano J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 67, considerato l'attuale clima politico, l'elemento più notevole del nuovo pacchetto consiste proprio nel fatto stesso che esso sia stato adottato.

²⁶¹ Sull'art. 14 TFUE si veda più ampiamente oltre, capitolo terzo.

mancato coinvolgimento delle due Istituzioni, ed in particolare del Parlamento - che, come noto, rappresenta i cittadini dell'Unione - è stato in un certo senso controbilanciato dalle ampie dimensioni della consultazione pubblica: la Commissione ha difatti consultato Stati membri e tutte le parti interessate a più riprese, sia nella fase preliminare per capire gli aspetti migliorabili delle regole previgenti, sia in una fase intermedia, sia infine sulla bozza del nuovo Pacchetto, prima della sua adozione definitiva.

Se la Commissione avesse scelto l'art. 14 TFUE come base giuridica, il risultato sarebbe stato profondamente diverso rispetto al Pacchetto Almunia oggi in vigore²⁶². Infatti, se è vero che Commissione e Stati membri convergono sostanzialmente sulla volontà di garantire servizi pubblici accessibili e di elevata qualità per i cittadini, è pur vero che essi non concordano sulle modalità per raggiungere un tale obiettivo: in particolare gli Stati membri tendono a volere affermare le proprie competenze e ridurre i poteri di supervisione della Commissione in questo ambito²⁶³. Anche il Parlamento europeo ha una visione sostanzialmente divergente rispetto alla Commissione in materia di SIEG: come emerge dalle numerose Risoluzioni da esso adottate²⁶⁴, il Parlamento – oltre a chiedere un suo maggiore coinvolgimento sul tema dei servizi pubblici e sottolinearne il ruolo sociale

²⁶² J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 69.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ Per quel che concerne la posizione espressa dal Parlamento europeo in materia di servizi di interesse economico generale, soprattutto nei loro collegamenti con i servizi di natura sociale, va fatto riferimento soprattutto alle seguenti risoluzioni: quella del novembre 2001 sulla comunicazione “I servizi di interesse generale in Europa”, in GUCE C 140E del 13 giugno 2002, p. 153; quella del 14 gennaio 2004 sul libro verde sui servizi di interesse generale, in GUUE C 92 del 16 aprile 2004, p. 383; quella del 22 febbraio 2005 sugli aiuti di Stato sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico, in GUUE C 304E dell'1 dicembre 2005, p. 117; quella del 27 settembre 2006 sul libro bianco sui servizi di interesse generale, in GUUE C 306E del 15 dicembre 2006, p. 277; quella del 14 marzo 2007 sui servizi sociali di interesse generale nell'Unione europea, in GUUE C 301E del 13 dicembre 2007, p. 140; quella del 15 marzo 2007 sull'azione della Comunità relativa alla prestazioni transfrontaliera di servizi di assistenza sanitaria, in GUUE C 301E del 13 dicembre 2007, p. 202; quella del 23 maggio 2007 sull'impatto e sulle conseguenze dell'esclusione dei servizi sanitari dalla direttiva sui servizi nel mercato interno, in GUUE C 102E del 24 aprile 2008, p. 279. In tutte e sette le risoluzioni il Parlamento si pronuncia a favore di un suo maggiore coinvolgimento, nello sviluppo delle relative politiche dell'Unione, al fine di contemperare il più possibile le finalità di natura economica con quelle di tipo sociale: Cfr. soprattutto i punti 38 della risoluzione del 2001 e 50 della risoluzione del 2004.

oltre che economico – ha una visione essenzialmente “stato-centrica”²⁶⁵ per cui la regolamentazione dei SIEG dovrebbe essere dei soli Stati membri; una visione che si sarebbe certamente imposta qualora la Commissione avesse proposto di adottare le nuove misure sulla base dell’art. 14 TFUE²⁶⁶.

Per quanto riguarda l’approccio della Commissione, l’introduzione di un importo *de minimis* e di un’esenzione dall’obbligo di notifica per gli aiuti inferiori ad un certo importo permetterà alla Commissione di concentrare le proprie risorse e gli sforzi investigativi sui casi dal maggiore impatto concorrenziale; al contempo ciò ridurrà gli oneri burocratici per i piccoli servizi di interesse economico generale, talvolta privi di risorse e competenze tecniche per procedere ad una notifica (o a notifiche multiple, come nel caso di piccoli enti locali che gestiscono varie tipologie di servizi). Le nuove misure, dall’altro lato, permetteranno un maggiore controllo delle compensazioni superiori ai 15 milioni di euro annui, in cui le probabilità di distorsioni della concorrenza nel mercato sono più elevate.

7 – OSSERVAZIONI SU SPECIFICI ASPETTI DEL PACCHETTO ALMUNIA CHE PRESENTANO PROFILI DI MAGGIORE COMPLESSITÀ O INNOVATIVITÀ

Per quanto attiene più specificamente al contenuto del Pacchetto Monti, in questo paragrafo prenderemo in esame alcuni degli aspetti maggiormente complessi o innovativi. I nuovi strumenti hanno infatti cercato di chiarire alcuni concetti ed aspetti che si sono rivelati problematici nella concreta applicazione della giurisprudenza *Altmark* e del Pacchetto Monti. Saranno analizzati in particolare alcuni dei concetti che la nuova Comunicazione ha contribuito a chiarire, per verificare se ed in che misura

²⁶⁵ Così D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 216. Per un esame delle posizioni assunte dal Parlamento europeo nelle diverse risoluzioni da esso adottate nel corso degli anni, *Ibidem*, p. 215-224.

²⁶⁶ È evidente dunque la differenza di approccio tra Parlamento e Commissione: mentre quest’ultima attribuisce all’Unione un ruolo rilevante nella regolamentazione dei servizi pubblici, il Parlamento europeo, pur rivendicando un ruolo maggiore in questa materia, punta su un coinvolgimento minore delle istituzioni europee, quasi minimalista, e su un’integrazione di un tipo prevalentemente negativo.

essi siano in linea con la giurisprudenza delle Corti UE; il ruolo delle gare ad evidenza pubblica; le modalità di calcolo del *quantum* della compensazione pubblica agli operatori SIEG; infine, le modalità attraverso cui è possibile evitare il fenomeno delle cd. “sovvenzioni incrociate”.

7.1. Le definizioni e le chiarificazioni delle regole relative agli aiuti di Stato ai SIEG

Nella sua volontà di chiarire le regole della giurisprudenza in materia di aiuti di Stato ai servizi di interesse economico generale, nella Comunicazione la Commissione ha spiegato alcuni concetti fondamentali nella materia. Per alcuni di essi, tuttavia, la Commissione non si è limitata ad una “codificazione” della casistica esistente, ma ha fornito una propria interpretazione – talvolta una vera e propria reinterpretazione – della giurisprudenza.

La lodevole opera di sistematizzazione della giurisprudenza rappresenta un’operazione di pregio e di grande utilità, soprattutto nei casi di operatori SIEG di minori dimensioni, spesso non attrezzati per comprendere una materia complessa, regolata da varie fonti (giurisprudenza, legislazione, prassi). Tuttavia, secondo i principi generali in materia di aiuti di Stato, le Corti dell’Unione hanno una giurisdizione piena nel sindacare le scelte della Commissione per quanto attiene all’applicazione dei concetti relativi all’esistenza di un aiuto²⁶⁷. Ciò diversamente dai profili relativi alla compatibilità di un aiuto con il mercato interno, in cui la Commissione gode di un’ampia discrezionalità tecnica sindacabile in sede giurisdizionale solo in caso di errore manifesto.

Esaminando le nuove regole ed in particolare la Comunicazione, è dubbio che determinati concetti in essa illustrati siano perfettamente in linea con la giurisprudenza comunitaria.

²⁶⁷ Trattasi – come è noto – delle nozioni di vantaggio gratuito, risorse statali, selettività, ostacolo alla concorrenza ed agli scambi intra-comunitari, che costituiscono le condizioni cumulative previste *ex art.* 107, paragrafo 1 TFUE perché suista un aiuto di Stato.

Ad esempio, nella spiegazione del concetto di “attività economica”²⁶⁸ la Commissione, dopo aver ricordato che la classificazione di un determinato servizio come economico o meno può cambiare nel tempo e nello spazio, prosegue affermando che “*poiché la distinzione tra servizi economici e non economici dipende dalle specificità politiche ed economiche di un determinato Stato membro, non è possibile redigere un elenco esaustivo di attività che a priori non hanno mai carattere economico*”²⁶⁹. In questo modo la Commissione sembra non riconoscere che, in base a giurisprudenza costante, la nozione di attività economica ha natura oggettiva²⁷⁰ e pertanto, qualora un’attività sia classificabile come economica, tale dovrebbe essere in tutta l’Unione europea, non potendosi fare dei *distinguo* nei diversi Stati membri²⁷¹.

Un ulteriore punto in cui la Commissione sembra interpretare autonomamente la giurisprudenza è rappresentato dalla definizione della condizioni di esistenza di un servizio di interesse economico generale (punto 50 della Comunicazione), in cui la Commissione afferma che “*i servizi qualificati come servizi di interesse economico generale debbono essere destinati ai cittadini o essere nell’interesse dell’intera società*”. La circostanza che un servizio sia rivolto ai cittadini o ad una collettività di riferimento non è invece mai stato considerato dalla giurisprudenza dell’Unione come una condizione necessaria per l’esistenza di un SIEG. Sebbene nella maggior parte dei casi i SIEG siano svolti direttamente a vantaggio dei cittadini-utenti, sulla base della giurisprudenza – ed in mancanza di una pronuncia espressa sul punto - non può essere escluso *a priori* che un servizio non direttamente svolto a beneficio dei cittadini (quale, ad esempio, un servizio svolto a favore di una pubblica amministrazione) possa essere comunque classificato come SIEG.

Secondo parte della dottrina, anche la definizione del concetto di “risorse pubbliche” effettuata ai punti 31 e seguenti della Comunicazione si

²⁶⁸ Che come abbiamo visto è una delle condizioni di esistenza del SIEG ai sensi della giurisprudenza dell’Unione (cfr. *supra*, capitolo primo).

²⁶⁹ Comunicazione SIEG 2011, punto 14.

²⁷⁰ Sulla nozione di attività economica, *supra*, capitolo primo.

²⁷¹ Così anche J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 71: come sottolineano gli autori, la definizione di “attività economica” contenuta nella comunicazione SIEG permette una valutazione “soggettiva” del servizio, che dipende dal modo con cui esso è organizzato nello Stato membro in questione.

scosterebbe in alcuni punti dalla giurisprudenza, dal momento che sarebbero inclusi nella definizione anche casi che potrebbero invece rientrare in una “zona grigia”, non essendo immediatamente chiara la loro natura di risorse pubbliche²⁷². In particolare, dalla lettura della Comunicazione sembrerebbe che il conferimento di diritti speciali o esclusivi senza il ricorso ad una procedura di gara ad evidenza pubblica implichi di per sé l’impiego di risorse statali²⁷³. In realtà, la norma è formulata in termini probabilistici (“*La concessione ... può implicare*”), è pertanto difficile sostenere che la Commissione voglia intendere che il conferimento di diritti speciali o esclusivi senza il ricorso ad una gara comporti automaticamente l’utilizzo di risorse statali. La norma, per come è formulata, fa propendere per un approccio casistico e flessibile da parte della Commissione.

Se queste incongruenze sopravvivranno a un eventuale scrutinio di tipo giurisdizionale, non è ancora dato sapere. Si tratta comunque di incongruenze minori all’interno di un atto, la Comunicazione, che apporta chiarimenti utili per comprendere l’interpretazione della giurisprudenza da parte della Commissione una volta che quest’ultima sarà chiamata a valutare i casi concreti sottoposti al suo esame.

7.2. Il ruolo della procedura di gara ad evidenza pubblica nella valutazione dei finanziamenti pubblici agli operatori incaricati di un SIEG

Un altro profilo che merita attenzione è rappresentato dalla questione del ruolo che l’esperimento di una gara ad evidenza pubblica possa avere nella valutazione dell’esistenza e della compatibilità di un aiuto con il mercato. Il nuovo pacchetto è infatti innovativo – e per certi versi problematico – in quanto sembra ri-definire il ruolo delle gare ad evidenza

²⁷² V. J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 72.

²⁷³ Si veda il punto 33 della Comunicazione: “*La concessione, senza procedere a gara pubblica, di licenze di occupazione o uso del demanio pubblico o di altri diritti speciali o esclusivi con un valore economico, può implicare una rinuncia a risorse statali e creare un vantaggio per i beneficiari?*”.

pubblica attraverso cui viene scelta l'impresa a cui affidare lo svolgimento di un servizio di interesse economico generale.

Prima di esaminare le innovazioni del Pacchetto Almunia, è necessario analizzare il ruolo delle gare ad evidenza pubblica nel quadro della determinazione dell'esistenza di un aiuto ai sensi della giurisprudenza *Altmark* da un lato, e nel quadro della valutazione della compatibilità dell'aiuto, dall'altro lato. Sotto questo secondo profilo, esamineremo la disciplina del previgente pacchetto Monti per raffrontarla con le nuove norme ora in vigore.

7.2.1. Gare ad evidenza pubblica ed esistenza di un aiuto di Stato ex art. 107, paragrafo 1 TFUE

Come abbiamo visto, la quarta condizione di *Altmark* prevede che, quando la scelta dell'impresa incaricata di un SIEG non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa, il livello della compensazione pubblica deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, dovrebbe sostenere per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il loro adempimento.

Sebbene entrambe le opzioni rese possibili (affidamento diretto o mediante gara ad evidenza pubblica) mirino a raggiungere un livello di compensazione limitato alla soluzione più efficiente che il mercato possa offrire, è chiaro che la prima alternativa permette una maggiore trasparenza per tutti i soggetti coinvolti. Tuttavia, pur a fronte di un *favor* del legislatore europeo per l'affidamento tramite gara, il diritto dell'Unione non ha reso obbligatorio l'espletamento di una tale procedura²⁷⁴. Perciò, l'uso di gare

²⁷⁴ Come correttamente evidenziato in dottrina, l'aspetto in parola è particolarmente delicato, in quanto investe la libertà di scelta politica statale. Cfr. M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie*, cit., p. 146. Secondo il diritto dell'Unione europea, l'autorità

d'appalto per l'assegnazione di un SIEG è una possibilità a disposizione degli Stati membri, ma non un obbligo. *Altmark* prevede comunque un importante incentivo all'uso di questo meccanismo: la compensazione degli obblighi di servizio pubblico attribuita tramite una gara d'appalto competitiva non è infatti considerata un aiuto di Stato²⁷⁵.

Nella realtà, tuttavia, molte gare avvengono sotto forma di procedure “negoziate” che concedono agli enti aggiudicatori un ampio margine di discrezionalità²⁷⁶. Inoltre, non sempre il mercato in questione è realmente “contendibile” da un punto di vista economico, nel senso che dovrebbero effettivamente esistere imprese che possano competere per l'aggiudicazione del contratto²⁷⁷. In assenza di una di queste condizioni (parametri calcolati *ex ante* e mercato competitivo), pur in presenza di una gara, non vi sarebbe alcuna garanzia quanto all'efficienza dell'impresa aggiudicataria. Per questo, in *Altmark* la Corte ha prudentemente specificato le condizioni relative alla gara d'appalto²⁷⁸, stabilendo che, per escludere la presenza di un aiuto di Stato, la procedura di assegnazione deve essere idonea a selezionare l'offerente in grado di fornire i servizi in questione al

pubblica non solo può scegliere se affidare un servizio tramite gara o tramite affidamento diretto, ma anche di scegliere se provvedere essa stessa all'erogazione del servizio (*in house*). In caso di gara, l'affidamento deve avvenire in conformità alla disciplina comunitaria in tema di appalti pubblici. In caso di erogazione *in house*, la « parte » di amministrazione che svolge il servizio va considerata impresa e come tale destinataria di tutte le regole del mercato. Pertanto, ove la scelta non sia avvenuta mediante una procedura concorsuale, il soggetto pubblico deve assumersi la responsabilità dell'inefficienza economica dell'impresa. Così M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, cit., p. 1390.

²⁷⁵ J.L. BUENDIA SERRA, *Finding the right balance*, cit., p. 210. Secondo alcuni autori, tale *favor* emergerebbe anche dalle complicate modalità di calcolo della compensazione previste dal diritto dell'Unione in caso di mancanza di gara: v. M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie*, cit., p. 146. L'idea sottesa è che le gare d'appalto rappresentino un modo per aumentare l'efficienza nella fornitura dei SIEG. È, perciò, vista positivamente la circostanza per cui un SIEG venga affidato a seguito di una gara d'appalto piuttosto che essere assegnato direttamente e individualmente a un'impresa specifica (normalmente coincidente con l'*ex monopolista* pubblico). Si suppone, infatti, che la competizione costringa le imprese partecipanti all'appalto a ridurre i costi, il che, di conseguenza, porta al pagamento di una compensazione inferiore da parte della pubblica autorità: *Ibidem*, p. 210.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 211.

²⁷⁷ Ciò non è sempre il caso nel settore dei pubblici servizi, in particolare per quanto riguarda i servizi di scala più ridotta, gestiti a livello di piccole amministrazioni locali.

²⁷⁸ *Ibidem*.

costo minore per la collettività²⁷⁹. Ciò significa che un rispetto puramente formale delle regole dell'Unione in materia di appalti pubblici non è sufficiente affinché questa condizione venga soddisfatta. Un simile principio è particolarmente valido nei casi di “procedure negoziate”, che lasciano agli enti aggiudicatori un considerevole spazio discrezionale nella scelta dell'impresa. L'uso di questo tipo di procedure, anche se compatibile con le regole europee sugli appalti pubblici, non implica automaticamente l'esclusione di un elemento di vantaggio (e quindi di aiuto) *ex art.* 107 TFUE. In tali situazioni, è infatti necessario effettuare un'analisi più dettagliata della natura del procedimento, del mercato e della compensazione; e ciò implica un'analisi sostanziale da parte della Commissione della procedura espletata, per verificare se essa abbia effettivamente condotto alla selezione dell'impresa più efficiente²⁸⁰. La gara

²⁷⁹ Sentenza *Altmark*, cit., par. 93.

²⁸⁰ Ciò emerge in molte decisioni in cui la Commissione ha applicato il test *Altmark* in maniera rigorosa. Si vedano ad esempio le decisioni nei casi Aiuto di Stato N 355/2004, *Aeroporto di Anversa*, in cui il Governo della Regione fiamminga in Belgio aveva deciso di realizzare un tunnel nell'aeroporto di Anversa ricorrendo ad un partenariato pubblico-privato, in cui il socio privato sarebbe stato scelto nel quadro di una procedura negoziata con preventiva pubblicazione di un *appel d'offre*. Nel caso di specie, la Commissione (v. in particolare i punti 42 e 43 della decisione), ha stabilito che, sebbene una tale procedura sia prevista dalla normativa comunitaria sugli appalti, essa non esclude la presenza di un elemento di aiuto, e ciò vale ogni qualvolta si ricorra a procedure in cui la pubblica autorità ha un certo potere discrezionale in merito alla scelta del vincitore della gara. Pertanto, in questi casi, la Commissione ha l'obbligo di verificare se il risultato della procedura ha effettivamente condotto alla selezione dell'impresa in grado di fornire il servizio al minor costo per la collettività. Un altro esempio è costituito dal caso italiano di cui alla Decisione della Commissione 2004/339/CE, *Misure attuate dall'Italia in favore di Rai SpA*, in cui la Commissione, chiamata a decidere se certe misure finanziarie a favore di Rai fossero una semplice compensazione di oneri di servizio pubblico ovvero un aiuto di Stato, ha riscontrato che i parametri sulla base dei quali veniva calcolato il sostegno finanziario non era stato previamente definito in modo obiettivo e trasparente, tale da evitare che esso conferisca un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto alle concorrenti. Inoltre, la RAI non era stata scelta come fornitore del servizio pubblico di radiodiffusione nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, né risultava che il livello della necessaria compensazione fosse stato determinato sulla base di un'analisi dei costi in cui un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di produzione al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, sarebbe incorsa per adempiere tali obblighi. Pertanto, si è resa necessaria un'analisi approfondita (per verificare l'eventuale compatibilità dell'aiuto di Stato a Rai con il mercato. Si veda anche la decisione nel caso Aiuto di Stato N 143/2004, *Electricity Supply board (ESB)*, in cui le autorità irlandesi hanno concesso una compensazione finanziaria all'impresa ESB, incaricata del servizio di distribuzione dell'elettricità, in considerazione degli obblighi di pubblico servizio di cui era stata onerata. Dal momento che la scelta dell'impresa incaricata del servizio pubblico non era avvenuta tramite gara (né erano stati indicati alla

d'appalto può, perciò, essere uno strumento utile ad aumentare l'efficienza di certi SIEG ma certamente non è una "panacea universale" e la sua sola presenza non serve ad escludere un elemento di aiuto²⁸¹. Dall'altro lato, la gara non è uno strumento necessario, potendosi escludere un elemento di aiuto anche nei casi di affidamento diretto, purché preceduto da un'analisi dei costi che un'ipotetica impresa-modello (media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste) dovrebbe sostenere per lo svolgimento del servizio.

7.2.2. Gare ad evidenza pubblica e compatibilità del finanziamento ex art. 106, paragrafo 2 TFUE

Se, quindi, l'assegnazione di un SIEG tramite una procedura di gara realmente competitiva può escludere la natura di aiuto di Stato di una compensazione, si tratta ora di analizzare se lo svolgimento di una gara non conforme ai criteri di *Altmark* possa comunque avere un ruolo nella valutazione della compatibilità dell'aiuto con il mercato, sulla base dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE.

Come illustrato nel capitolo precedente, l'art. 106, paragrafo 2 TFUE non richiede che l'incarico per la gestione di un SIEG sia assegnato tramite una procedura competitiva, dal momento che un valido "atto di incarico" è costituito da qualsiasi atto normativo, legislativo, regolamentare, secondo una definizione molto ampia. Perciò, il fatto che una gara ad evidenza pubblica non venga espletata non impedisce la compatibilità della compensazione ai sensi dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE se le condizioni di tale norma sono rispettate. In altri termini, la compensazione degli obblighi

Commissione informazioni sui costi di un'eventuale "impresa modello"), la Commissione ha ritenuto non soddisfatta la quarta condizione di *Altmark* ed ha concluso per l'esistenza di un aiuto, esaminandone poi la sua compatibilità con il mercato comune.

²⁸¹ La prassi decisionale della Commissione mostra come l'Istituzione abbia adottato un approccio restrittivo, richiedendo procedure di gara che fossero realmente selettive e non lasciassero margini di discrezionalità alle autorità pubbliche. La Commissione ha anche chiarito, in questo quadro, che procedure "negoziato" con la pubblica amministrazione non sono sufficienti per superare il test di *Altmark* e richiedono quindi una notifica *ad hoc* della misura.

di servizio pubblico può essere compatibile con l'art. 106, paragrafo 2 TFUE anche se l'operatore non è stato scelto in modo competitivo²⁸². Ciò è confermato a maggior ragione dalla sentenza *Altmark*, in cui la Corte ha sostenuto che, anche in assenza di una gara d'appalto, tale compensazione può, a certe condizioni, non essere nemmeno considerata aiuto di Stato²⁸³.

La Commissione nel Pacchetto Monti del 2005 ha evitato di condizionare la compatibilità della compensazione al previo svolgimento di gare d'appalto, nonostante un'esplicita richiesta del Parlamento europeo in tal senso²⁸⁴. Se l'assenza di una procedura competitiva per l'assegnazione di un dato SIEG non rendeva la compensazione incompatibile con l'art. 106 paragrafo 2 TFUE, l'esistenza di tale procedura poteva avere un impatto positivo sulla valutazione della compatibilità della compensazione. Sul punto, la prassi fondata sul Pacchetto Monti mostra come Commissione abbia accettato in certi casi l'uso di una procedura di appalto (che non superava il test di *Altmark*²⁸⁵) come indicazione aggiuntiva della proporzionalità della compensazione ai sensi dell'art. 106 paragrafo 2 TFUE²⁸⁶.

²⁸² V. ad esempio le già citate decisioni della Commissione nel caso N 143/2004, *Electricity Supply board (ESB)*; nonché la decisione 2004/339/CE, *Misure attuate dall'Italia in favore di Rai SpA*, nei quali la Commissione, pur riscontrando la presenza di un aiuto di Stato, ha dichiarato tali aiuti compatibili con il mercato ai sensi dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE. Anche la giurisprudenza ha sancito chiaramente la non necessità, ai soli fini della dichiarazione di compatibilità di un aiuto ai sensi dell'art. 106 paragrafo 2, dell'espletamento di una gara: sentenza del Tribunale 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Fred Olsen*, in *Racc.*, p. II-2031, punto 239: “ D'altronde, non risulta né dal disposto dell'art. 86, n. 2, CE né dalla giurisprudenza relativa a tale disposizione che una missione d'interesse generale possa essere attribuita ad un operatore solo in seguito ad una procedura di gara d'appalto. Quindi, contrariamente, a quanto sostiene la ricorrente, non è possibile esigere che la decisione impugnata contenga una motivazione speciale per quanto riguarda l'assenza di tale procedura per l'attribuzione alla Trasmediterranea della fornitura di un servizio di collegamento marittimo tra le isole Canarie”. Sulla sentenza *Fred Olsen*, J. DERENNE, *Service d'intérêt économique général (SIEG): Le Tribunal valide, en vertu de l'article 86, paragraphe 2, CE, un régime d'aides et juge qu'un appel d'offres ne doit pas nécessairement être suivi pour l'attribution d'un SIEG*, in *Concurrences*, 2005, n. 3, p. 113 – 115; L. IDOT, *Un autre cas de contrôle des aides accordées à des transports maritimes*, in *Europe*, 2005, Août-Septembre, p. 28 ss.

²⁸³ V. la sentenza *Altmark*, cit., par. 93.

²⁸⁴ Si veda in particolare l'art. 5 della Decisione 2005. Questo approccio, oltre ad essere in linea con la giurisprudenza, è appropriato se si considera l'effettiva situazione del mercato, in cui la maggior parte dei SIEG esistenti nelle industrie di rete sono stati assegnati senza una procedura competitiva (poiché spesso si trattava di ex detentori di un monopolio).

²⁸⁵ La quale sentenza, ricordiamo, richiede una procedura di gara effettivamente competitiva al fine di escludere l'esistenza di un aiuto di Stato.

²⁸⁶ Come evidenzia J. L. BUENDIA SERRA, *Finding the right balance*, cit., p. 214.

Con la riforma del pacchetto Monti la Commissione è intervenuta sulla questione in materia radicale, esplicitando l'approccio che d'ora in avanti seguirà nella valutazione del requisito della gara d'appalto ai fini della dichiarazione di compatibilità di un aiuto. Rispetto alle regole previgenti il Pacchetto Almunia introduce un approccio più severo sotto il profilo della necessità di una gara ad evidenza pubblica, in particolare per i SIEG di grandi dimensioni a cui non si applica la decisione e l'esenzione dall'obbligo di notifica in essa contenuta. Per questi aiuti si applica infatti la Disciplina che prevede, al punto 19 che un aiuto sarà considerato compatibile con il mercato soltanto se l'autorità aggiudicatrice rispetti o si impegni a rispettare le norme dell'Unione applicabili in materia di appalti pubblici, ivi incluse le condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione sancite dai trattati e dal diritto derivato dell'Unione. Si considera che gli aiuti che non rispettano tali norme compromettano lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi dell'Unione, a norma dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE. Sulla base di questa disposizione, la Commissione chiaramente subordina la compatibilità di un finanziamento ad un operatore SIEG al rispetto delle norme comunitarie in materia di appalti²⁸⁷.

Questa modifica rappresenta uno dei cambiamenti più radicali che la nuova Disciplina apporta rispetto alle regole previgenti²⁸⁸, ponendo

²⁸⁷ Secondo J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 76, applicando rigorosamente questo principio molti SIEG esistenti non sarebbero compatibili con le nuove disposizioni. Pertanto, ritengono molto probabile che la realtà dei fatti renderà necessaria, almeno su questo punto, un'interpretazione abbastanza flessibile del Pacchetto Almunia da parte della Commissione. Al momento in cui si scrive, non sono infatti ancora state adottate decisioni sulla base della Disciplina. L'unico aiuto sin ora adottato sulla base del Pacchetto Monti è stato adottato sulla base della decisione: cfr. Aiuto SA.34810 – Spagna - *Aides pour le contrôle officiel laitier dans la Communauté valencienne*.

²⁸⁸ Così D. GÉRADIN, *Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework*, in *ESTAL*, n. 2, 2012, p. 51 ss., ed in particolare p. 53. L'Autore, richiamando la letteratura economica, evidenzia le ragioni per cui l'esplicitamento di una gara non è sempre il metodo migliore per l'affidamento di un servizio pubblico. In primo luogo, nel settore dei servizi di rete esistono asimmetrie informative che rendono difficile la stima dei costi potenziali per le imprese partecipanti alla gara, le quali non sono spesso in possesso di informazioni realistiche: in tal modo, la gara sarà vinta dal concorrente con le aspettative "più ottimistiche" sui propri costi (*winner's curse*) ed in questi casi, se la pubblica autorità non è disposta a rinegoziare le condizioni dell'incarico, possono emergere difficoltà finanziarie che si ripercuotono sulla

l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica quale *condicio sine qua non* per la dichiarazione di compatibilità di un aiuto.

Il nuovo approccio seguito sembra non essere in linea con la giurisprudenza dell'Unione sull'art. 106 paragrafo 2 del TFUE²⁸⁹. Nella sentenza *Fred Olsen*²⁹⁰ il Tribunale aveva affermato che l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica non è condizione necessaria ai fini dell'applicazione dell'eccezione in parola. Tale affermazione è stata successivamente ripresa nel caso *SIC*, in cui il Tribunale ha confermato che “L'art. 86, n. 2, CE non include, nel novero dei suoi presupposti di applicazione, un requisito secondo cui lo Stato membro deve aver seguito una procedura di gara per l'attribuzione del SIEG”²⁹¹. Perciò, facendo della gara ad evidenza pubblica la condizione necessaria per l'applicazione dell'art. 106 paragrafo 2, la Commissione sembra avere un approccio non pienamente conforme alla giurisprudenza.

Attraverso questo approccio, secondo parte della dottrina la Commissione starebbe erroneamente servendosi dell'art. 108 TFUE, che riguarda l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato, per l'*enforcement* delle norme sul *public procurement*, materia che la Commissione dovrebbe attuare

qualità del servizio. In secondo luogo, non sempre l'espletamento di una gara porta alla selezione dell'operatore che fornirà il servizio al costo minore per la collettività. In particolare l'impresa *incumbent* – che ha costi inferiori ai potenziali nuovi entranti nella fornitura del servizio – potrebbe sfruttare questo margine aumentando la stima dei propri costi potenziali. Infine, la procedure di gara non portano all'esito più efficiente per il mercato quando i partecipanti (o alcuni di essi) hanno la volontà o la possibilità di porre in essere comportamenti collusivi. L'Autore auspica quindi che la Commissione applichi la norma (punto 19 della Disciplina) in maniera flessibile: *Ibidem*, p. 54.

²⁸⁹ Ai sensi del punto 7 della Disciplina, obiettivo della Disciplina è quello di chiarire l'eccezione relativa ai SIEG contenuta nell'art. 106, paragrafo 2 TFUE, spiegando come si applichino le norme sugli aiuti alle compensazioni di servizio pubblico. Pertanto, la giurisprudenza sull'art. 106 paragrafo 2 costituisce un parametro di riferimento fondamentale per la valutazione delle nuove regole della Commissione.

²⁹⁰ Sentenza del Tribunale 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Fred Olsen*, in *Racc.*, p. II-2301, in particolare punto 239. Sulla sentenza, J. DERENNE, *Service d'intérêt économique général (SIEG): Le Tribunal valide, en vertu de l'article 86, paragraphe 2, CE, un régime d'aides et juge qu'un appel d'offres ne doit pas nécessairement être suivi pour l'attribution d'un SIEG*, in *Concurrences*, n. 3, 2005, p. 113 ss.

²⁹¹ Sentenza del Tribunale 26 giugno 2008, causa T-442/03, *SIC*, in *Racc.*, p. II-1161, punti 145 – 147; con nota di M. HONORÉ, *Case T-442/03, SIC v. Commission*, in *ESTAL*, 2008, p. 761 ss.

attraverso lo strumento della procedura di infrazione, meno agile e spedito rispetto alla procedura per il controllo degli aiuti²⁹².

Il tema delle gare d'appalto è considerato anche nella Comunicazione, in cui (punto 65) la Commissione ricorda che sulla base della giurisprudenza una procedura di appalto pubblica esclude l'esistenza di un aiuto di Stato soltanto qualora essa consenta di selezionare il candidato in grado di fornire il servizio "*al costo minore per la collettività*". A tal fine, la Commissione ha chiarito che nella sua prassi futura essa riterrà "sicuramente accettabile" una procedura aperta conforme alle condizioni previste dalle norme dell'Unione sugli appalti pubblici; mentre essa considererà che le procedure cd. di "dialogo competitivo"²⁹³ o le procedure negoziate diano all'autorità aggiudicatrice un eccessivo margine di discrezionalità, potendo essa limitare la partecipazione di operatori interessati: pertanto, queste procedure possono essere considerate sufficienti per soddisfare la quarta condizione *Altmark* soltanto in casi eccezionali. La Commissione non spiega tuttavia quali siano queste circostanze eccezionali, riservandosi quindi un ampio margine di discrezionalità²⁹⁴. E' chiaro comunque che con le nuove disposizioni la Commissione ha fatto proprio un approccio rigoroso nell'applicazione dei criteri di *Altmark*, tale da poter escludere l'esistenza di un aiuto in pochi casi.

7.2.3. Gare ad evidenza pubblica in altri ambiti del diritto dell'Unione europea

²⁹² In questo senso D. GÉRADIN, *Public Compensation*, cit., p. 55. *Contra*, A. SINNAEVE, *What's new in SGEP*, cit., p. 366-367, la quale al contrario ritiene che tale previsione costituisca un passo importante per una maggiore convergenza delle norme sugli aiuti con le norme sugli appalti pubblici. Inoltre, le nuove disposizioni sono un incentivo per gli Stati membri ad adottare, quantomeno per i SIEG di maggiori dimensioni, procedure competitive; l'adozione di procedure trasparenti potrebbe anche soddisfare la quarta condizione di *Altmark*, e pertanto varrebbe ad escludere la natura di aiuto per determinati finanziamenti.

²⁹³ Come definita ex art. 29 della direttiva 2004/18/CE.

²⁹⁴ In proposito, J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 74, notano che questo margine discrezionale nell'applicazione di *Altmark* potrebbe generare un rilevante contenzioso, essendo verosimile che le imprese impugneranno decisioni della Commissione a loro poco favorevoli. Ciò in quanto l'applicazione dei criteri di *Altmark* riguarda l'esistenza dell'aiuto, ambito in cui la Commissione non gode di discrezionalità.

Infine, ricordiamo che sebbene l'art. 106 paragrafo 2 TFUE non richieda che un SIEG venga assegnato tramite una procedura competitiva, la posizione è diversa per quanto riguarda altri settori del diritto dell'Unione. Ad esempio, in materia di trasporti, il regolamento n. 2408/1992 relativo all'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intra-comunitarie, prevede che l'accesso ad una rotta su cui sono stati imposti dallo Stato oneri di servizio pubblico debba essere concesso tramite appalto pubblico il cui bando di gara deve essere pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione²⁹⁵. Una simile previsione è contenuta anche nel regolamento n. 3577/1992 sul cabotaggio marittimo²⁹⁶. Inoltre, la giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi prevede che il principio generale della parità di trattamento implichi l'obbligo di utilizzare procedure aperte e competitive nell'assegnazione da parte delle autorità pubbliche di concessioni di servizi pubblici²⁹⁷. Se in tali casi l'assenza di una procedura aperta e competitiva può costituire una violazione degli articoli 49 e 56 TFUE, ciò non significa tuttavia che la compensazione degli obblighi di servizio pubblico corrisposta agli operatori costituisca un aiuto incompatibile con l'art. 106, paragrafo 2²⁹⁸.

²⁹⁵ Regolamento (CEE) n. 2408/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, in GU L 240 del 24 agosto 1992 p. 8 ss.; si veda in particolare l'art. 4.

²⁹⁶ Regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio, del 7 dicembre 1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo), in GU L 364 del 12 dicembre 1992, p. 7 ss.

²⁹⁷ Con l'eccezione dei casi di affidamento *in-house*, in cui l'autorità pubblica svolge i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne. Sulle condizioni imposte dal diritto dell'Unione per poter validamente ricorrere all'affidamento *in house* si veda la sentenza della Corte 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Racc.*, p. I-8585, par. 61 e 62. Sul rapporto tra gare ad evidenza pubblica ed affidamento *in house* la letteratura – non solo comunitaria, ma anche amministrativa – è molto vasta. Si vedano, senza pretesa di esaustività, B. KOTSCHY, *Arrêts "Stadt Halle", "Coname" et "Parking Brixen"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, p. 845 ss.; A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi*, in *Dir. com. scambi int.*, 2005 p. 693 ss.; R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società "in house"*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 79 ss.; G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006 p. 137 ss.; A. SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in *Dir. com. scambi int.*, 2007, p. 281 ss.

²⁹⁸ Sul punto, il diritto dell'Unione non si presta ad una lettura univoca. Secondo la giurisprudenza, la Commissione non può dichiarare la compatibilità di un aiuto di Stato la cui applicazione integri una violazione di una disposizione fondamentale del diritto

7.3. Il calcolo del *quantum* della compensazione

Un'ulteriore questione di difficile applicazione pratica che il Pacchetto Almunia ha contribuito a chiarire riguarda le modalità di calcolo della compensazione all'operatore incaricato dello svolgimento di un servizio di interesse economico generale, al fine di evitare compensazioni eccessive che rappresentano aiuti incompatibili.

La terza e la quarta condizione di *Altmark* riguardano entrambe il calcolo dell'ammontare della compensazione che deve essere versata dalla pubblica autorità all'impresa incaricata della gestione di un SIEG. La terza condizione richiede che tale compensazione non superi il costo netto effettivo sopportato dall'impresa in questione per lo svolgimento del servizio, essendo quindi esclusa ogni compensazione eccessiva (*overcompensation*). La quarta condizione è più "severa": essa richiede che, in caso di mancanza di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del SIEG, la compensazione non superi il costo effettivo che sarebbe stato sostenuto da un'impresa-modello ben gestita per lo svolgimento del medesimo servizio (cd. impresa *benchmark*). Generalmente, quindi, le imprese che rispettano la quarta condizione rispettano a maggior ragione la precedente; inoltre, poiché le quattro condizioni sono cumulative, è possibile affermare che la quarta condizione diventi il caposaldo del test di *Altmark*. Questo infatti è il principio chiave della sentenza: la compensazione degli obblighi

dell'Unione. Sentenza della Corte 22 marzo 1977, causa 74/76, *Iannelli e Volpi*, in *Racc.*, p. 557, par. 9-14. Perciò, si potrebbe obiettare che, di conseguenza, non è possibile autorizzare la compensazione degli obblighi di servizio pubblico per un SIEG il cui fornitore non sia stato selezionato con una procedura aperta e competitiva. È evidente, però, che la compatibilità della compensazione e l'individuazione del fornitore del servizio sono questioni distinte e dovrebbero essere trattate separatamente. L'analisi di un SIEG secondo l'art. 106 paragrafo 2 CE assume infatti una prospettiva funzionale: ciò che importa è il livello di finanziamento necessario per assicurarne la fornitura, indipendentemente dall'identità del fornitore. Al contrario, gli artt. 49 e 56 TFUE mirano ad assicurare che tutte le imprese europee abbiano un accesso equo alle opportunità commerciali in tutta l'Unione e pertanto, esse concernono principalmente l'identità del fornitore, piuttosto la tipologia del servizio fornito. Per approfondimenti. J.L. BUENDIA SERRA, *Finding the right balance*, cit., p. 213.

di servizio pubblico non è aiuto di Stato solo se il suo ammontare corrisponde al livello di mercato o a quanto sarebbe richiesto da un operatore efficiente²⁹⁹.

Nella pratica, può accadere che la compensazione si limiti a coprire i costi effettivi dell'operatore, il quale tuttavia non è né un'impresa efficiente né è stato selezionato tramite una gara d'appalto. In questi casi, la compensazione non è idonea a superare il test di *Altmark* e costituisce un aiuto di Stato. Infatti, in questi casi il finanziamento pubblico non è limitato ai costi che sarebbero necessari per il SIEG se l'impresa fosse efficiente, ma copre tutti i costi effettivi dell'operatore in questione; quindi, trattandosi di un operatore non efficiente, il finanziamento pubblico coprirebbe anche la

²⁹⁹ Il caso Poste Italiane (Aiuto di Stato C49/2006, *Poste Italiane SpA – Remunerazione per il collocamento dei prodotti finanziari del risparmio postale*) rappresenta un interessante esempio di superamento del test *Altmark* – ed in particolare di superamento della quarta condizione – pur in mancanza di una procedura di gara e, quindi, sulla base del raffronto con i costi sostenuti da un'ipotetica impresa modello. Nella specie, l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) aveva sporto denuncia alla Commissione sostenendo che, il corrispettivo pagato da Cassa Depositi e Prestiti (“CDP”; un'emanazione del Ministero delle Finanze) a Poste Italiane SpA per il collocamento presso il pubblico dei buoni fruttiferi postali costituirebbe un aiuto di Stato. A detta del denunciante, tali finanziamenti conferivano a Poste Italiane un vantaggio indebito rispetto agli operatori bancari, che offrivano prodotti comparabili. In Italia, con decreto ministeriale 6 ottobre 2004 il risparmio postale era stato definito come “*la raccolta di fondi, con obbligo di rimborso assistito dalla garanzia dello Stato, effettuata dalla CDP SpA avvalendosi di Poste Italiane SpA*”. Secondo l'articolo 1, comma 2 del decreto, il risparmio postale costituisce servizio di interesse economico generale. In particolare, ABI contestava da un lato, la garanzia statale sui libretti postali e, dall'altro lato, la remunerazione annuale corrisposta da CDP a Poste Italiane per l'attività di collocamento dei buoni fruttiferi postali, calcolata sulla base di convenzioni periodiche tra le due imprese. La Commissione, dando atto che, in Italia, la raccolta del risparmio postale è considerata un SIEG, ha valutato le condizioni di esistenza degli aiuti di Stato previste dall'art. 107 TFUE attraverso l'applicazione dei criteri di *Altmark* (v. punti 77 ss. della decisione). Nella fattispecie, la decisione della Commissione si è focalizzata sulla quarta condizione, ed in particolare – dal momento che l'incarico non era stato affidato a Poste Italiane a seguito di una gara – sull'analisi comparativa con l'impresa-modello. Per quanto riguarda il profilo dei libretti postali, la Commissione ha individuato il *benchmark* nei libretti di risparmio bancari; essa poi non ha ravvisato alcun elemento di aiuto nella garanzia statale sulle somme depositate, dal momento che una garanzia analoga (da parte del fondo interbancario) è prevista anche per i libretti di risparmio delle banche. Pertanto, essendo il finanziamento sotto forma di garanzia statale comparabile alla garanzia fornita alle banche, è rispettata la quarta condizione di *Altmark* e tale garanzia sui libretti di risparmio postale non costituisce aiuto di Stato. Analogamente, per quanto riguarda i buoni fruttiferi postali, la Commissione ha stabilito che il finanziamento da parte di CDP a Poste Italiane per il loro collocamento presso il pubblico avviene “a mercato”, dal momento che gli operatori bancari, per il collocamento presso il pubblico prodotti aventi caratteristiche simili ai buoni fruttiferi postali, beneficiano di remunerazioni di pari entità da parte dell'emittente dei titoli.

cd. “lacuna di efficienza”, ossia i costi aggiuntivi effettivamente sostenuti dall’impresa, costi che tuttavia un operatore efficiente non avrebbe.

Questo scenario, abbastanza comune nella realtà, implica che la compensazione ammonti ad un aiuto di Stato. Tuttavia, ciò non significa che una siffatta compensazione sia in assoluto proibita, dovendo la stessa essere valutata nell’ottica della compatibilità dell’aiuto con il mercato comune, ai sensi dell’art. 106 paragrafo 2 TFUE. Le condizioni di compatibilità di una compensazione che non superi il test *Altmark* saranno analizzate nei paragrafi che seguono, alla luce del previgente Pacchetto Monti e del nuovo Pacchetto Almunia.

7.3.1. I “costi effettivi”. Il ruolo dell’“efficienza” e della “qualità” del servizio nel calcolo della compensazione

Sebbene un finanziamento che copra anche la cd. “lacuna di efficienza³⁰⁰” costituisca un aiuto di Stato ai sensi della giurisprudenza *Altmark*, è necessario esaminare se ed in che misura esso possa essere comunque considerato compatibile con il mercato comune *ex art.* 106 paragrafo 2 TFUE. Dalla sua formulazione letterale e dalla giurisprudenza relativa³⁰¹, può sostenersi che l’art. 106 paragrafo 2 è applicabile solo nella misura in cui la restrizione sia *necessaria* per il raggiungimento dello scopo di interesse economico generale. In altre parole, l’eccezione è valida solo se il carattere *proporzionale* della restrizione può essere dimostrato³⁰².

Si potrebbe sostenere che l’unica compensazione veramente “necessaria” è quella che si limita al livello dei costi richiesti dal mercato di riferimento. Secondo questo punto di vista, un finanziamento che copra anche la lacuna di efficienza è, per definizione, superiore a quanto richiesto dal mercato: anzi, l’esistenza stessa di tale divario mostra che esistono

³⁰⁰ Per tale intendendosi, appunto, una compensazione che copre tutti i costi effettivi di un operatore, il quale tuttavia non è efficiente e, quindi, sopporta dei costi effettivi che un’impresa efficiente non avrebbe.

³⁰¹ V. *supra*, cap. I.

³⁰² Si è osservato in dottrina che, in linea di principio, questo test di proporzionalità nel contesto degli aiuti di Stato non dovrebbe essere diverso da quelli esistenti in altri settori del diritto della CE: cfr. G. DE BURCA, *The principle of proportionality and its application in EC law*, in *YEL*, 1993, p. 113.

alternative più efficienti. Su questa base, gli schemi di compensazione che coprono tale lacuna non dovrebbero, in linea di principio, essere autorizzati ai sensi dell'articolo 106 paragrafo 2 TFUE.

La Commissione, tuttavia, nell'ambito del proprio margine di discrezionalità, ha interpretato il requisito della "necessità" in maniera flessibile. In base alla prassi costante formatasi sulla base del Pacchetto Monti, la Commissione si è mostrata propensa a dichiarare compatibile con il mercato le compensazioni di ammontare pari all'effettivo costo netto sostenuto dal gestore dei SIEG, compresa la "lacuna di efficienza". Al di sopra di tale soglia, invece, una compensazione era considerata eccessiva e costituiva un aiuto che non può essere dichiarato compatibile con il mercato³⁰³. Nella prassi formatasi durante la vigenza del Pacchetto Monti, quindi, la Commissione ha sempre considerato che i finanziamenti che "coprivano" tutti i costi effettivi dell'operatore SIEG fossero aiuti compatibili, a prescindere dal livello di efficienza dell'operatore. Di conseguenza, determinati costi e rimborsati dalle pubbliche autorità potevano derivare dalla scarsa efficienza degli operatori SIEG, comportando così un notevole dispendio di risorse pubbliche³⁰⁴. Il Pacchetto Monti dava dunque scarso rilievo all'efficienza dell'operatore SIEG, e pertanto, anche se i costi effettivi erano superiori rispetto a quelli sostenuti da altre imprese più efficienti in situazioni comparabili, la loro compensazione poteva comunque essere dichiarata compatibile³⁰⁵.

³⁰³ Uno dei primi esempi di questa pratica è riscontrabile nel caso *La Poste*, giunto all'esame del Tribunale a seguito di un ricorso per annullamento di una decisione della Commissione (Sentenza del Tribunale 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *FFSA*, in *Racc.*, p. II-229, punti 117-199). Nella decisione, la Commissione aveva dichiarato, sulla base degli artt. 107 e 106 paragrafo 2 TFUE, che le esenzioni fiscali accordate all'impresa pubblica francese *La Poste*, pur essendo aiuti di Stato, erano compatibili con il Trattato, poiché equivalevano a una compensazione per il mantenimento di uffici non redditizi e di servizi postali in zone rurali. La Commissione, dopo avere effettuato un'analisi del costo economico che tali attività comportavano e quantificato l'impatto dei vantaggi ricevuti, ha concluso che i vantaggi erano inferiori ai costi e, di conseguenza, che le esenzioni fiscali erano compatibili con il Trattato. Il Tribunale concordò con l'analisi generale della Commissione, sottolineando l'alto grado di discrezionalità di cui la Commissione gode ai sensi dell'art. 106 paragrafo 2.

³⁰⁴ Così D. GÉRADIN, *Public Compensation*, cit., p. 60.

³⁰⁵ Ad ogni modo, il Pacchetto Monti non pregiudicava l'applicazione di regole settoriali contenute in specifici strumenti dell'Unione, norme che talvolta – ma limitatamente a settori

In dottrina, questa interpretazione del requisito dei “costi effettivi” era stata oggetto di diverse valutazioni. Alcuni autori ritenevano che si trattasse di un’interpretazione favorevole a quei servizi, spesso *ex* monopoli pubblici, le cui strutture di costo non sono necessariamente le più efficienti³⁰⁶; tale approccio era ritenuto ragionevole in considerazione della natura di quei settori e della loro natura sensibile dal punto di vista sociale e politico³⁰⁷. La dottrina era comunque consapevole che la linea seguita dal Pacchetto Monti non rappresentava l’unico approccio possibile, in quanto – da un punto di vista strettamente giuridico - il TFUE permetterebbe una lettura più rigida del requisito di necessità ai sensi dell’art. 106 paragrafo 2. Così, secondo alcuni autori, i casi più estremi di inefficienza non avrebbero dovuto essere considerati “necessari” ai sensi dell’art. 106 paragrafo 2 TFUE³⁰⁸.

Durante il processo che ha portato all’adozione del nuovo Pacchetto Almunia, la Commissione ha pubblicato una bozza di Disciplina che – diversamente dall’approccio seguito nel Pacchetto Monti – ha posto in grande risalto il ruolo dell’efficienza dell’operatore SIEG. Nonostante le reazioni di alcuni Stati membri³⁰⁹ - e a differenza di quanto previsto dalle

determinati – prescrivevano un livello minimo obbligatorio di efficienza: D. GRESPAN, *Services of general economic interest*, in W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOF (a cura di), *State Aid, in Competition Law*, Leuven, 2008, p. 1123 ss., p. 1189.

³⁰⁶ In questo senso, J. L. BUENDIA SERRA, *Finding the right balance*, cit., p. 21.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ D. GRESPAN, *Services of general economic interest*, cit., p. 1190, secondo il quale il punto 62 della sentenza *Ambulanz Glöckner*, cit., (“Tuttavia ... solo nel caso in cui fosse dimostrato che le organizzazioni sanitarie incaricate della gestione ed il servizio di soccorso medico d’urgenza fossero manifestamente ed incontestabilmente incapaci di soddisfare la domanda di trasporto medico d’urgenza e di trasporto malati, non potrebbe essere ammessa la giustificazione dell’estensione dei loro diritti esclusivi relativa al compito di interesse generale”) potrebbe significare che l’art. 106 paragrafo 2 TFUE non possa essere utilizzato per giustificare la compensazione dei costi di operatori estremamente inefficienti; anche se, sino ad oggi, la Commissione non ha mai avuto occasione di confrontarsi con una simile fattispecie.

³⁰⁹ In particolare Francia e Germania. La prima sosteneva che la Commissione non può legittimamente autoproclamarsi giudice dell’efficienza della spesa pubblica negli Stati membri (si vedano le osservazioni della Francia nella consultazione pubblica relativa alle bozze degli adottandi testi, p. 8. Le osservazioni sono disponibili al sito: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_sgei/index_en.html). Inoltre, i commenti della Francia evidenziavano la non compatibilità di tale nuovo approccio con la giurisprudenza dell’Unione, ed in particolare con la sentenza *M6 e TF1 c. Commissione*, in cui il Tribunale ha affermato che, in assenza di misure di armonizzazione nell’Unione, la Commissione non è legittimata a pronunciarsi sull’efficienza dell’operatore SIEG e che, ad ogni modo, considerazioni legate all’efficienza dell’operatore non possono avere rilevanza nel valutare la compatibilità di un aiuto (Sentenza del Tribunale 1 luglio 2010, cause

norme previgenti -, la versione adottata infine dalla Commissione non dichiara esplicitamente che gli aiuti che coprono la “lacuna di efficienza” possono essere compatibili con il mercato; anzi, essa prevede l’obbligo per l’autorità pubblica di introdurre “incentivi all’efficienza”³¹⁰, ossia di definire gli obiettivi di efficienza produttiva nell’atto di incarico e subordinare il livello della compensazione alla misura in cui tali obiettivi sono raggiunti. Ai punti 40 e seguenti, la Disciplina indica due possibili metodi concreti per inserire incentivi all’efficienza nel calcolo della compensazione. Ad esempio, le autorità nazionali possono definire anticipatamente un livello di compensazione fisso che incorpori gli incrementi all’efficienza che si prevede che l’impresa realizzerà durante la durata dell’atto di incarico. Oppure gli Stati membri potrebbero definire, all’interno dell’atto di incarico, obiettivi di efficienza produttiva che, ove raggiunti, comporteranno un aumento nel valore della compensazione, sulla base di un metodo di calcolo specificato nello stesso atto di incarico³¹¹. Per contro, quale ulteriore

riunite T-568/08 e 573/08, *M6 e TF1 c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-3397. Si noti che tuttavia tale sentenza è stata annullata dalla Corte: sentenza della Corte 7 giugno 2012, causa C-451/10, *M6 e TF1 c. Commissione*, non ancora pubblicata). Dal canto suo, la Germania sosteneva che l’efficienza non è uno degli obiettivi contenuti nella quarta condizione di Altmark, e che la nuova interpretazione della Commissione avrebbe di fatto trasformato una condizione di esistenza dell’aiuto in una condizione di compatibilità (Si vedano le osservazioni della Germania nella consultazione pubblica relativa alle bozze degli adottandi testi, p. 13. Le osservazioni della Germania sono disponibili al sito: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_sgei/index_en.html).

³¹⁰ In tal senso la formulazione del punto 39 della Disciplina: “*nel definire il metodo di compensazione, gli Stati membri devono introdurre incentivi a favore di una prestazione efficiente di SIEG di elevata qualità*” (enfasi aggiunta). Si veda la Disciplina, cit., punti 39-43. Le considerazioni qui svolte sui costi effettivi e gli incentivi all’efficienza si basano appunto sulla Disciplina, applicabile agli aiuti di maggiore rilevanza. Come detto *supra*, infatti, nel caso di compensazioni inferiori ai 15 milioni di Euro in settori diversi dai trasporti o infrastrutture, nonché per le compensazioni nel settore ospedaliero o dell’edilizia sociale, si applica la Decisione e pertanto si presume che la compensazione pubblica costituisca un aiuto compatibile, e non è quindi soggetta ad un esame *ad hoc* da parte della Commissione.

³¹¹ I metodi che le autorità nazionali possono scegliere per l’inserimento di incentivi all’efficienza sono molteplici e possono assumere diverse gradazioni. Come illustrato da D. GÉRADIN, *Public Compensation*, cit., p. 61 (ed in particolare la Tabella n. 2), i cd. *efficiency gains* superiori ad una certa soglia predefinita potrebbero essere totalmente assegnati all’operatore SIEG. In alternativa, tali *efficiency gains* potrebbero essere ripartiti tra l’impresa e la pubblica autorità sulla base di una quota predefinita. Intuitivamente, entrambi questi metodi si caratterizzano per essere dei notevoli incentivi all’efficienza. Gli incentivi all’efficienza sono invece piuttosto bassi nel caso del cd. *cap mechanism*, peraltro già accettato nella prassi della Commissione (v. caso decisione C41/08), in cui viene fissato *ex ante* un ammontare massimo alla somma che l’operatore può ottenere come profitto

incentivo alla ricerca dell'efficienza nella fornitura di un SIEG, la Disciplina ammette anche la possibilità di una riduzione della compensazione nel caso in cui l'impresa non soddisfi gli obiettivi prefissati. Sarà quindi interessante osservare la prassi applicativa che si formerà sul punto nei mesi a venire, sulla base della nuova Disciplina³¹².

Da ultimo, un aspetto rilevante della nuova Disciplina è l'avere introdotto, accanto all'efficienza, anche obiettivi di “*elevata qualità*” del servizio³¹³. Durante il corso della consultazione pubblica, infatti, alcuni Stati tra cui il Belgio avevano sostenuto che un'eccessiva enfasi sugli aspetti dell'efficienza economica avrebbe potuto essere negativa per la qualità del servizio offerto. L'inserimento di obiettivi di elevata qualità nell'erogazione di un servizio pubblico costituiscono uno sviluppo lodevole ed in linea con le più recenti evoluzioni della normativa primaria; tuttavia non è chiaro se ed in che misura la Commissione utilizzerà parametri qualitativi nella valutazione della compatibilità degli aiuti. Anche per questo profilo, la prassi che si formerà potrà offrire interessanti spunti di discussione.

7.3.2. I “*costi netti*”

Ai sensi di *Altmark*, la compensazione può coprire solo i costi “netti” effettivi sostenuti dal gestore del SIEG. Il riferimento al fatto che i costi debbano essere “netti” significa che le entrate prodotte dal SIEG devono essere detratte ai fini del calcolo della compensazione pubblica. Infatti, i SIEG sono raramente finanziati in via esclusiva dall'ente pubblico: anche

(considerando quindi sia il “margine di utile ragionevole”, sia gli incentivi all'efficienza). In senso favorevole all'introduzione di incentivi all'efficienza, a condizione che essi comportino una più efficiente erogazione dei SIEG ed incentivi all'innovazione per l'operatore, L. COPPI, *SGEI Compensation in the Almunia Package – An Economics View*, in *ESTAL*, n. 2, 2012, p. 37 ss.; p. 50.

³¹² Al momento in cui si scrive, non esistono ancora decisioni adottate sulla base del nuovo Pacchetto Almunia, in vigore dal 31 gennaio 2012. Le decisioni più recenti in materia di SIEG – si tratta delle quattro decisioni del 25 gennaio 2012 relative agli aiuti agli *incumbent* del settore postale in diversi Stati membri – sono state adottate sulla base del Pacchetto Monti previgente. Cfr. Casi SA 34027 – Francia – *Esenzione fiscale per La Poste per il finanziamento della presenza sul territorio*, non ancora pubblicata; SA 17653 – Germania – *Aiuto di Stato illegittimo a Deutsche Post*, non ancora pubblicata; SA 32562 – Grecia – *Postal and courier activities*, non ancora pubblicata.

³¹³ Cfr. Disciplina, cit., punto 39.

quando non sono redditizi, essi producono comunque delle entrate (come ad esempio le tariffe pagate dai clienti o altre entrate di tipo commerciale). Tali proventi devono naturalmente essere presi in considerazione quando si calcola l'ammontare della compensazione pubblica: infatti, solo i costi al netto delle entrate di esercizio possono essere compensati ex art. 106 paragrafo 2 TFUE.

L'analisi della proporzionalità ai sensi dell'art. 106 paragrafo 2 TFUE deve anche prendere in considerazione qualunque altro reddito ottenuto grazie all'attività del SIEG. Ciò include anche i pagamenti effettuati indirettamente dallo Stato in qualsiasi forma, compresi quelli che non sono considerati aiuti di Stato, quali ad esempio i pagamenti effettuati direttamente all'impresa che fornisce il SIEG dai clienti o da altre imprese, come risultato di un obbligo legale, come il meccanismo licenza-tariffa nel settore delle trasmissioni radiotelevisive o i fondi destinati al servizio universale nel settore delle telecomunicazioni³¹⁴. Lo stesso vale, a maggior ragione, per i pagamenti che sono aiuti di Stato "esistenti", come certi pagamenti annuali effettuati dai governi alle emittenti pubbliche³¹⁵.

Il Pacchetto Almunia, attraverso la Disciplina, ha introdotto chiarimenti sulla nozione di "costi netti" e sul modo secondo cui gli stessi debbano essere calcolati. Esso prevede che *"il costo netto necessario – o che si prevede che sia necessario – per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico deve essere calcolato secondo la metodologia del costo evitato netto, nei casi in cui ciò sia richiesto dalla legislazione nazionale o dell'Unione e negli altri casi in cui sia possibile"*³¹⁶.

³¹⁴ Si veda, esemplificativamente, la decisione della Commissione n. 2004/339/CE, *Misure in favore di Rai SpA*, cit., punto 123; in cui la Commissione ha specificato che, per determinare i costi netti del servizio pubblico che possono essere compensati, occorre dedurre dall'importo totale dei costi del servizio pubblico voci quali gli introiti pubblicitari netti realizzati durante la trasmissione di programmi rientranti nella funzione di servizio pubblico, e gli introiti netti derivanti dalla commercializzazione di questo tipo di programmi. Cfr. inoltre la decisione della Commissione 2004/838/CE del 10 dicembre 2003 relativa agli aiuti di Stato ai quali la Francia ha dato esecuzione a favore di France 2 e France 3, punti 80-89.

³¹⁵ Cfr. il caso Aiuto di Stato E/8-2005 – Spagna – *Aiuto all'emittente televisiva nazionale RTVE*.

³¹⁶ Disciplina, cit., punto 24.

La metodologia del costo evitato netto calcola i costi netti dell'operatore SIEG sulla base di una comparazione tra i costi che l'operatore deve effettivamente sostenere per il SIEG con uno scenario ipotetico (controfattuale), in cui sono considerati i costi che l'impresa avrebbe se non fosse onerata da una missione di servizio pubblico. L'applicazione pratica di questa metodologia può tuttavia dar luogo a difficoltà applicative. In primo luogo, la definizione di uno scenario controfattuale realistico non è sempre agevole, in quanto non è semplice individuare con precisione le voci di costo che l'operatore non avrebbe se non dovesse fornire il SIEG³¹⁷. In secondo luogo, non esiste una definizione univoca e precisa delle diverse voci di costo da prendere in considerazione; la Disciplina si riferisce difatti molto genericamente ai “vantaggi, compresi per quanto possibile quelli immateriali, di cui beneficia il fornitore del SIEG”³¹⁸. In terzo luogo, la Disciplina prevede che, sebbene la Commissione ritenga la metodologia del costo evitato netto come la più idonea ed accurata, essa è pronta ad accettare metodi alternativi di calcolo allorché non sia possibile o opportuno ricorrere al metodo principale³¹⁹. In proposito, sarà necessario attendere lo sviluppo della prassi decisionale della Commissione al fine di stabilire in quali casi l'adozione del metodo del costo netto evitato non sia appropriata e quali siano i metodi di calcolo alternativi che saranno ritenuti accettabili. In ragione dell'assenza di una casistica decisionale sul punto, è quindi auspicabile che la Commissione

³¹⁷ D. GÉRADIN, *Public Compensation*, cit., p. 56 ; il quale evidenzia come questo calcolo sia abbastanza semplice nei casi in cui la fornitura di un determinato servizio sia semplicemente interrotta; mentre si rivela estremamente complesso nei casi in cui l'eliminazione del SIEG comporterebbe un ridimensionamento della rete dell'operatore (ad esempio perché viene rimosso un SIEG che impone obblighi di copertura territoriale).

³¹⁸ Disciplina, cit., punto 25. In dottrina è stato correttamente evidenziato che la nozione di “vantaggi” potrebbe essere interpretata sia in senso restrittivo, in modo da comprendere solo i benefici ottenuti dall'operatore quale risultato diretto della fornitura del SIEG; sia in senso più ampio, includendo tutti i benefici ottenuti dall'operatore, compresi quelli derivanti da diritti esclusivi detenuti nel passato ovvero derivanti da una posizione dominante sul mercato. V. D. GÉRADIN, *Public Compensation*, cit., p. 56, il quale propende per l'interpretazione restrittiva, considerandola maggiormente in linea con altri atti di diritto derivato e strumenti di *soft law* adottati dalla Commissione.

³¹⁹ Disciplina, cit., punto 27.

adotti, quantomeno in un momento iniziale, un'applicazione flessibile del metodo di calcolo dei costi netti³²⁰.

7.3.3. Il “margine di utile ragionevole”

L'art. 106 paragrafo 2 TFUE consente la compensazione del costo netto di un SIEG ma non una compensazione eccessiva (cd. “*overcompensation*”). È necessario dunque determinare se ed in che misura un'impresa che fornisce un servizio di interesse economico generale finanziato attraverso una compensazione pubblica che costituisce aiuto di Stato, possa o meno ricavare profitti. La risposta del diritto dell'Unione è affermativa, con la precisazione che la compensazione pubblica può coprire solo un margine di profitto “ragionevole”³²¹. Infatti, dal momento che fornisce il SIEG è per definizione un'impresa, è per sua natura orientata alla ricerca di un profitto. Per permettere al servizio di interesse economico generale di funzionare, diventa quindi necessario fornire all'impresa un incentivo, affinché essa possa trarre un rendimento del capitale investito. Perciò, un profitto ragionevole può essere incluso come parte della compensazione concessa ai sensi dell'art. 106 paragrafo 2 TFUE. Ciò sembra confermato implicitamente da *Altmark*: se, a sensi della sentenza, la compensazione di un ragionevole profitto non è nemmeno considerata aiuto, a maggior ragione deve essere considerata compatibile con l'art. 106 paragrafo 2 TFUE.

Da quando il concetto di compensazione del “margine di utile ragionevole” è stato introdotto nel diritto dell'Unione dalla sentenza *Altmark*, le Istituzioni e gli operatori del diritto si sono dovuti misurare con una nozione dai confini poco definiti ed infatti, l'esatta determinazione del margine di utile ragionevole che può essere oggetto di compensazione

³²⁰ In tal senso, anche D. GÉRADIN, *Public Compensation*, cit., p. 56; il quale auspica altresì che la Commissione tenga conto dei cd. “*legacy costs*”, ossia quei costi che l'operatore SIEG ha “ereditato” dal precedente periodo di monopolio pubblico. Tra questi rientrano anzitutto i costi del personale, che sono normalmente abbastanza rigidi e costituiscono una voce di costo rilevante.

³²¹ V. J. L. BUENDIA SERRA, *Finding the right balance*, cit., p. 218.

pubblica ha rappresentato uno degli aspetti maggiore difficoltà nell'applicazione pratica delle regole sui SIEG³²², né la casistica decisionale della Commissione sul punto si presenta uniforme. Così, in occasione della consultazione pubblica lanciata dalla Commissione per la revisione del “Pacchetto Monti” diversi Stati membri, imprese ed organizzazioni di categoria hanno sottolineato la necessità di chiarire in via normativa il concetto di “margine di utile ragionevole”.

Con in Pacchetto Almunia, ed in particolare nella Disciplina³²³, la Commissione ha chiarito che per “margine di utile ragionevole” deve intendersi il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il SIEG per il periodo di riferimento di cui all'atto di incarico, tenendo conto del livello di rischio³²⁴. In alcuni casi, la Commissione ammette la possibilità di ricorrere ad indicatori del livello dell'utile diversi dal tasso di remunerazione del capitale, come ad esempio il tasso medio di remunerazione del capitale proprio sul periodo di durata dell'incarico, il rendimento del capitale investito, il rendimento delle attività o l'utile sulle vendite.

La Disciplina prevede un *safe harbor* in quanto considera in ogni caso ragionevole un tasso di rendimento del capitale non superiore al tasso *swap* pertinente, maggiorato di 100 punti base. Tale soglia rappresenta la massima compensazione ammissibile nei casi in cui la prestazione del SIEG non sia connessa ad un rischio commerciale significativo, ad esempio perché il costo netto sostenuto per fornire il SIEG è compensato integralmente *ex post*. Infatti, la Commissione specifica che una compensazione *ex post* di tutti i costi sostenuti non rappresenta un incentivo all'efficienza per il fornitore del servizio pubblico: il suo uso, pertanto, deve essere rigorosamente limitato ai casi in cui lo Stato membro è in grado di dimostrare che non è

³²² Si vedano in dottrina: T. JAEGER, *What is wrong with SGEI? In 8th expert's Forum on new developments in European State aid law – Atti del convegno*, Bruxelles 10-11 giugno 2010; A. SINNAEVE, *SGEI, Altmark and legal certainty*, in *9th State aid Experts' forum – Atti del convegno*, Bruxelles, 2011.

³²³ Disciplina, cit., punti 33-38.

³²⁴ Il livello di rischio dipende dal settore interessato, dal tipo di servizio e dalle caratteristiche del meccanismo di compensazione. *Ibidem*, punto 33.

possibile o opportuno prendere in considerazione l'efficienza produttiva ed avere un'impostazione contrattuale più efficiente rispetto all'impresa che fornisce il SIEG.

Tutte queste modifiche e chiarimenti sono stati salutati favorevolmente da parte della dottrina e degli operatori del diritto³²⁵.

7.4. Assegnazione dei costi e sovvenzioni incrociate

L'identificazione dei costi da compensare può essere relativamente agevole quando l'attività dell'impresa beneficiaria dei finanziamenti pubblici è limitata alla fornitura di un servizio di interesse economico generale e non è attiva su mercati commerciali. Tuttavia, molto spesso il fornitore di un SIEG gestisce anche un'attività puramente commerciale accanto a quella svolta in regime di pubblico servizio. In questi casi, può accadere che determinate strutture e risorse dell'impresa siano utilizzate per lo svolgimento di entrambe le attività³²⁶. Questi costi in comune creano un rischio che l'aiuto di Stato, erogato per compensare i costi del SIEG, venga "riversato" nelle attività puramente commerciali, dando luogo ad una "sovvenzione incrociata". In questi casi, potrebbe accadere che l'impresa che gestisce un SIEG riesca a finanziare, grazie ai finanziamenti pubblici, le proprie attività commerciali, offrendo prezzi inferiori rispetto ai concorrenti e falsando in questo modo la concorrenza nel mercato.

La soluzione a questo problema – che dà luogo a notevoli problemi pratici – è complessa e dipende sostanzialmente dall'individuazione dei criteri in base a cui dovrebbero essere assegnati i costi comuni a ciascuna delle attività³²⁷.

³²⁵ *Ex multis*, D. GÉRADIN, *Public Compensation*, cit., p. 56. Nello stesso senso, L. COPPI, *SGEI Compensation in the Almunia Package – An Economics View*, in *ESTAL*, n. 2, 2012, p. 37 ss.; p. 49.

³²⁶ Pensiamo, ad esempio, al caso di un ufficio postale che offre, oltre al servizio postale di base (attività in regime di SIEG) anche servizi finanziari (attività puramente commerciale) – all'interno delle stesse strutture e con l'impiego dello stesso personale.

³²⁷ Per approfondimenti sulla questione, L. HANCER, J. L. BUENDIA SERRA, *Cross-subsidization in EC Law*, in *CMLR*, 1998, p. 901 ss.

Come è stato evidenziato in dottrina³²⁸, esistono tre possibili letture al problema delle sovvenzioni incrociate. I concorrenti dell'impresa affidataria del SIEG tendono a ritenere che i ricavi derivanti dalle attività commerciali di un operatore di SIEG debbano essere tali da recuperare i loro costi (più precisamente, il costo che deriverebbe dalla creazione *ex novo* di un'impresa con il solo scopo di gestire l'attività commerciale). In altre parole, secondo questo approccio, i costi comuni sarebbero attribuiti interamente alle attività commerciali. Di conseguenza, le sinergie risultanti dall'esistenza di una rete di SIEG non potrebbero mai essere riversate nelle attività commerciali, né utilizzate per offrire prezzi più vantaggiosi per tali attività³²⁹. Gli operatori SIEG si collocano invece all'estremo opposto, sostenendo che, poiché la rete SIEG esiste già, da un punto di vista economico ha senso offrire servizi commerciali che approfittano di queste sinergie. Purché questi servizi commerciali abbiano un prezzo superiore al "costo incrementale", non si dovrebbe parlare di "sovvenzionamento incrociato". In altre parole, i costi comuni sarebbero attribuiti interamente alle attività del SIEG.

Dopo molta esitazione da parte della Commissione e del Tribunale, in *Chronopost*³³⁰, la Corte di Giustizia ha scelto una "terza via": i costi comuni devono essere assegnati tra il SIEG e le attività commerciali in modo "ragionevole" e proporzionale, in modo che entrambe le attività

³²⁸ J. L. BUENDIA SERRA, *Finding the right balance*, cit., p. 218.

³²⁹ Questo approccio era stato in origine adottato dal Tribunale (Quarta sezione ampliata) nella sentenza 14 dicembre 2000, causa T-613/97, *Ufex*, in *Racc.*, p. II-4055; ma in seguito la Corte lo ha rigettato: v. la sentenza della Corte 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, *Chronopost*, in *Racc.*, p. I-6993, punto 40. Su quest'ultima sentenza, A. FRATINI; F. FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Almark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p.1183 ss; A. CARTA, A. FRATINI, *Chronopost c. UFEX: la Corte di Giustizia UE e le "relazioni pericolose" fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 374 ss.

³³⁰ Sentenza della Corte 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese c. Union française de l'express (Ufex)*, in *Racc.*, p. I-6993, con nota di G. PARLÉANI, in *La Semaine juridique - entreprise et affaires*, 2004, p.1734. Sulla sentenza, cfr. *ex multis*, A. FRATINI, F. FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato*, cit.; A. CARTA, A. FRATINI, *Chronopost c. UFEX: la Corte di Giustizia UE e le "relazioni pericolose" fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. ss.; C. BERGH, *The Chronopost Saga Continues: The Battle about the Concept of Cross-Subsidies in the Field of State aid has entered its 17th Year*, in *ESTAL*, n. 2, 2009, p. 299 ss.

apportino un contributo per affrontare i costi comuni³³¹. Il Tribunale ha, tuttavia, lasciato un ampio margine di discrezionalità alle imprese per quanto riguarda la scelta dei mezzi di suddivisione. L'Articolo 5(2)(c) della Decisione 2005/842/CE della Commissione, segue la stessa logica, parlando di un “*contributo proporzionato ai costi fissi comuni al servizio d'interesse economico generale e ad altre attività*”. Entro i limiti specificati, quindi, la Corte di Giustizia e la Commissione sembrano pronti a lasciare un ampio margine di discrezionalità alle imprese nella scelta dei metodi di suddivisione³³². Purché l'impresa rispetti questi principi di assegnazione dei costi nel calcolo della compensazione degli obblighi di servizio pubblico e nei prezzi delle proprie attività commerciali, può essere escluso che l'aiuto di Stato a un SIEG venga usato come sussidio incrociato per altre attività commerciali.

Al fine di controllare il fenomeno delle sovvenzioni incrociate, il Pacchetto Almunia prevede che le imprese attive sia in settori SIEG che in attività commerciali tengano rendiconti analitici, in linea peraltro con quanto stabilito, in maniera più dettagliata, nella Direttiva trasparenza.

L'approccio appena descritto basato sull'assegnazione dei costi comuni, è applicabile, in generale, alle imprese che gestiscono contemporaneamente sia un SIEG che altre attività commerciali. Tuttavia, questo approccio può essere applicato solo se è possibile distinguere concettualmente tra i costi sostenuti per la gestione delle due attività: ciò non è possibile, ad esempio, nel settore della radiotelevisione pubblica, in cui la Commissione ha accettato, esclusivamente per questo settore, una definizione più ampia di “servizio pubblico”, che include tutta la programmazione per il servizio pubblico di radiotelevisione³³³. Ne consegue

³³¹ In dottrina si è evidenziato che un modo per la suddivisione ragionevole e proporzionata potrebbe essere, ad esempio, basato sul tempo dedicato a ciascuna attività o in proporzione alle risorse utilizzate (energia, materie prime, ecc.). Ovviamente, occorre evitare di fare riferimento alla proporzione di utile derivante da ciascuna attività negli esercizi passati, in quanto si tratterebbe di un circolo vizioso che porterebbe sempre a giustificare le politiche dei prezzi esistenti. Cfr. J. L. BUENDIA SERRA, *Finding the right balance*, cit., p. 219.

³³² V. esemplificativamente, le decisioni N 531/2005, *Francia – Misure relative a Banque postale*, par. 131; N 388/2007, *Regno Unito – Post Office Ld transformation programme*.

³³³ V. la Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato ai servizi radiotelevisivi, in GU C 320 del 15 novembre 2011, p. 5, par. 48.

che tutti i costi necessari al funzionamento dell'operatore sono in teoria considerati costi del SIEG che possono essere finanziati dall'aiuto di Stato, senza possibilità di distinguere i costi tra le due attività. Ci sono, tuttavia, evidenti rischi di riversamento di tale aiuto nella sfera commerciale, poiché i fornitori di un servizio pubblico di radiotelevisione normalmente vendono pubblicità e acquistano programmi nei mercati commerciali in competizione con emittenti private.

8 – ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUL PACCHETTO ALMUNIA

Il nuovo pacchetto di misure per valutare la compatibilità con il mercato dei finanziamenti pubblici agli operatori SIEG costituisce uno strumento più esaustivo e dettagliato del precedente Pacchetto Monti. Non è agevole trarre conclusioni sul nuovo pacchetto Almunia, dal momento che su di esso non si è ancora formata una prassi decisionale consolidata. In particolare, non è semplice verificare da ora se il nuovo pacchetto di misure sia idoneo a realizzare gli obiettivi che la Commissione si era prefissata: sarà garantita una maggiore certezza giuridica? Il pacchetto contiene regole più flessibili rispetto alle regole precedenti, permettendo alla Commissione di concentrarsi solo sugli aiuti più “problematici” dal punto di vista concorrenziale? Le regole saranno davvero applicate con minore severità per i servizi sociali di modeste dimensioni ed in modo più severo nei confronti delle grandi imprese di rete?

La risposta a questi interrogativi potrà aversi solo dopo aver analizzato la prassi della Commissione che si formerà sulla base delle nuove regole³³⁴. Ciò che emerge ad un primo esame, è che il Pacchetto Almunia in determinati punti è più flessibile rispetto al precedente Pacchetto Monti,

³³⁴ Nello stesso senso, J.L. BUENDIA SERRA, M. MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections*, cit., p. 69; E. RIGHINI, *The reform of the State aid rules*, cit., p. 16. In senso critico, G. KAMARIS, *The Reform*, cit., p. 60, ritiene che la Commissione si sia limitata a fornire chiarimenti in materia di servizi di interesse economico generale, senza veramente innovare in materia.

mentre per altri punti introduce regole più severe; esso ha aumentato il numero di casi che beneficiano dell'esenzione dall'obbligo di notifica estendendola a numerosi casi di servizi sociali, ma al contempo ha dimezzato le soglie per determinarne *ex ante* la compatibilità. Inoltre il nuovo pacchetto, eliminando il requisito del limite di fatturato dell'impresa beneficiaria – sembra porre più attenzione sulle caratteristiche oggettive del finanziamento pubblico, invece che alle caratteristiche “soggettive” dell'operatore SIEG.

L'impressione generale è che, con le nuove regole, un numero maggiore di aiuti sfuggirà al controllo della Commissione in quanto esentati dall'obbligo di notifica; mentre gli aiuti per cui continuerà ad essere richiesta una notifica *ad hoc* saranno probabilmente analizzati secondo criteri di valutazione più severi e complessi. Ciò costituisce uno sviluppo importante, che permetterà alla Commissione di concentrare le proprie risorse sui casi più problematici e dal maggiore impatto concorrenziale³³⁵. Per i primi, si tratta di uno sviluppo in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che nel caso *BUPA*³³⁶ ha adottato un approccio più flessibile nell'applicare la terza e la quarta condizione di Altmark ai SIEG di tipo “sociale”³³⁷. Per i secondi, si auspica un approccio flessibile della Disciplina, in particolare per quanto attiene al calcolo della compensazione e del requisito della gara ad evidenza pubblica.

³³⁵ Nello stesso senso, W. SAUTER, *The Altmark Package Mark II. New rules for State aid and the Compensation of Services of General Economic Interest*, in *European Competition Review*, 2012, p. 307 ss., in particolare p. 312.

³³⁶ Sentenza del Tribunale 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, cit.

³³⁷ Si noti che una delle prime applicazioni del Pacchetto Almunia riguarderà proprio il settore dei servizi sociali. L'associazione francese Union Nationale de la Propriété Immobilière (Unpi), attiva nel settore degli alloggi popolari, ha infatti recentemente presentato una denuncia ai servizi della Commissione sostenendo che la legislazione francese favorirebbe le associazioni pubbliche che offrono servizi di edilizia popolare, a detrimento delle associazioni private. Si tratta appunto di uno dei primi casi portati all'attenzione della Commissione sulla base delle nuove regole di compatibilità: v. MLEX, *French housing complaint under new State aid rules reaches EC*, 2 luglio 2012.

Capitolo terzo

Oltre la concorrenza ed il mercato: Servizi di interesse economico generale e diritti dei cittadini-utenti nel diritto primario da Amsterdam a Lisbona

SOMMARIO: 1. IL MUTAMENTO DI PROSPETTIVA IN MATERIA DI SIEG: DALLE ESIGENZE DEL MERCATO AI DIRITTI DEI CITTADINI-UTENTI - 2. LA NORMATIVA PRIMARIA DAL TRATTATO DI AMSTERDAM AL TRATTATO DI LISBONA. - 2.1. L'art. 16 TCE e la "funzione sociale" dei SIEG - 2.1.1. *La genesi dell'art. 16 TCE* - 2.1.2. *La portata dell'art. 16 TCE* - 2.2. L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - 2.3. Il Trattato di Lisbona ed i SIEG - 2.3.1. *L'art. 14 del TFUE* - 2.3.2. *(Segue) La portata dell'art. 14 TFUE* - 2.3.3. *Il Protocollo n. 26 sui Servizi di interesse economico generale* - 2.3.4. *Il "nuovo" valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* - 2.4. I SIEG ed il Trattato di Lisbona: alcune conclusioni - 3. I SIEG QUALE "DEROGA" ED OBBLIGO "POSITIVO" - 4. IL DIBATTITO SULL'OPPORTUNITÀ DI ADOTTARE UNA DIRETTIVA DELL'UNIONE A PORTATA GENERALE IN MATERIA DI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE (CENNI) - 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. IL MUTAMENTO DI PROSPETTIVA IN MATERIA DI SIEG: DALLE ESIGENZE DEL MERCATO AI DIRITTI DEI CITTADINI-UTENTI

Nei precedenti capitoli il tema dei servizi di interesse economico generale è stato affrontato secondo una prospettiva volta ad analizzarne i profili derogatori rispetto ai principi del libero mercato e della concorrenza; seguendo un approccio che per molti anni ha rappresentato l'unica prospettiva di analisi in materia.

A partire dalla fine degli anni novanta, accanto alla concezione dei servizi di interesse economico generale quale mera deroga alle regole del mercato, ha cominciato ad imporsi un punto di vista nuovo, incentrato sui diritti dei cittadini che fruiscono delle prestazioni. In questo modo, i SIEG costituiscono soltanto una deroga (ex art. 106 paragrafo 2 TFUE) alle norme sulla concorrenza, ma rappresentano anche un principio positivo del diritto dell'Unione, strettamente collegato con l'esercizio dei diritti sociali fondamentali e dei diritti di cittadinanza³³⁸. E difatti, i servizi di interesse economico generale sono frequentemente definiti, all'interno dei documenti dell'Unione, come una componente fondamentale del “modello sociale europeo”³³⁹.

³³⁸ V. M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, p. 441 ss.; D. SORACE, *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo*, cit., p. 1 ss.; D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 228-229.

³³⁹ G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 3. L'autore evidenzia come, sebbene l'espressione “modello sociale europeo” sia di uso frequente, la definizione della sua portata è ancora piuttosto complessa e richiede l'elaborazione di una *governance* comunitaria efficace, ossia la ricerca di una “nuova prospettiva costituzionale dell'integrazione europea”: *Ibidem*, p. 4. Il Libro bianco della Commissione del 1994 sulla politica sociale (cfr. doc. COM (94) 333), descrive il “modello sociale europeo” in termini di valori che includono democrazia, diritti individuali, contrattazione individuale e collettiva, economia di mercato, pari opportunità per ogni cittadino, protezione sociale e solidarietà. Il modello sociale europeo si fonda sulla constatazione che sviluppo economico e sviluppo sociale sono due aspetti inscindibili, e che competitività e solidarietà debbono entrambe essere prese in considerazione per costruire una “successful Europe for the future”. La convergenza dei modelli sociali nazionali verso un comune modello sociale europeo rappresenta anche il principio base dell'Agenda sociale del 2008 (v. le Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Nizza del 7, 8, 9 dicembre 2000, Allegato I, par. 11): in base a tale documento, il modello sociale europeo è il risultato dell'*acquis* comunitario in vari settori, quali le libertà di circolazione, la parità di trattamento, la salute e la sicurezza sul lavoro, la lotta contro ogni forma di discriminazione. Tale modello è caratterizzato in particolare da “sistemi previdenziali di alto livello, dall'importanza del dialogo sociale e da servizi di interesse generale la cui portata copre attività essenziali per la coesione sociale”; esso è basato attualmente, al di là delle diversità dei sistemi sociali degli Stati membri, su una base comune di valori. Secondo alcuni Autori, il “modello sociale europeo” avrebbe un duplice obiettivo: assicurare un livello salariale minimo ad ogni cittadino e garantire prestazioni sociali di buona qualità e senza discriminazioni: G. KAMARIS, *The reform of EU State aid rules for Services of general economic interest in Times of austerity*, in *ECLR*, n. 2, 2012, p. 55 ss.; A. BRIGGS, *The welfare State in historical perspective*, in C. PIERSON, F. CASTELES (a cura di), *The Welfare State*, Cambridge, 2008, p. 18. Sul modello sociale europeo si vedano inoltre: F. W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of diversity*, in *JCMS*, 2002, p. 645 ss.; A. HEMERJIK, *Come cambia il modello sociale europeo*, in *Stato e mercato*, 2002, p. 191 ss.; V. HATZOPOULOS, *Current problems of Social Europe*, in *College of Europe Research Papers in Law*, n. 7, 2007; G. CAGGIANO, *Il coordinamento comunitario della politiche nazionali per la creazione del modello sociale europeo*, in *AAVV, Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 909 ss.

Il mutamento di prospettiva in materia di SIEG si è reso possibile grazie al progressivo affiancarsi all'art. 106 del TFUE – per lungo tempo unica base giuridica in materia – di altre basi giuridiche, improntate non tanto sul diritto della concorrenza, quanto sui temi della qualità e dell'accesso dei cittadini ai servizi di interesse generale. Questo processo ha avuto inizio con il Trattato di Amsterdam³⁴⁰, con cui è stato introdotto l'art. 16 TCE, ed è stato poi continuato attraverso le successive modifiche dei Trattati, sino alle più recenti modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona.

Le nuove basi giuridiche hanno posto le basi per l'adozione di una regolazione del mercato per scopi sociali, non limitata ai casi di fallimento del mercato³⁴¹. Alle basi giuridiche di diritto primario si affiancano inoltre degli atti di diritto secondario, aventi portata settoriale, che definiscono nei settori di riferimento gli obblighi di “servizio universale”, individuano la missione di interesse generale degli operatori SIEG e prevedono alcuni diritti positivi per i cittadini – utenti del servizio; fornendo così un segnale importante (e concreto) del collegamento tra servizi e solidarietà.

³⁴⁰ Anche se l'inizio vero e proprio del processo di progressiva apertura dell'Unione alla protezione di diritti di carattere sociale può essere rinvenuto nel Trattato di Maastricht, con cui l'allora Comunità ha voluto controbilanciare i rischi che sarebbero potuti derivare, da un punto di vista sociale, da uno svolgimento puramente liberistico del Mercato unico: v. P. MENGOZZI, *Diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XV, Padova, 1997, p.7.

³⁴¹ La regolazione così intesa - quando interviene in settori socialmente sensibili come quelli dove sono offerti i servizi di interesse generale - risponde a principi autonomi rispetto a quelli che governano il mercato. Essa si configura come un mezzo per migliorare il valore dei servizi pubblici e contribuire ai principi di solidarietà sociale: così T. PROSSER, *Regulation and Social Solidarity*, in *Journal of Law and Society*, 2006, p. 378. Per un esempio di regolazione nel settore delle *utilities*, dal punto di vista dei diritti dei cittadini utenti e degli obblighi di servizio universale, basti pensare alle direttive adottate dall'Unione in materia di trasporto aereo. In questo settore l'Unione ha in una prima fase liberalizzato il mercato, successivamente ha regolamentato il settore (si pensi alla regolazione degli *slot*) infine, in una terza fase l'Unione ha disciplinato questioni attinenti alla sicurezza, alla qualità del servizio e ai diritti dei cittadini – utenti. I regolamenti adottati in materia regolano profili quali la responsabilità del vettore aereo per ritardo o cancellazione del volo, i diritti dei passeggeri in caso di negazione dell'imbarco per *overbooking*, un regime di responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo, danni alla persona o al bagaglio del passeggero. Sul tema, si veda ampiamente F. ROSSI DAL POZZO, *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Milano, 2008.

2. LA NORMATIVA PRIMARIA DAL TRATTATO DI AMSTERDAM AL TRATTATO DI LISBONA.

2.1. L'art. 16 TCE e la "funzione sociale" dei SIEG

Il Trattato di Amsterdam³⁴² ha rappresentato una tappa determinante nel processo di progressiva penetrazione dei profili sociali sottesi ai servizi di interesse economico generale nell'ordinamento dell'Unione europea. Il Trattato di Amsterdam ha infatti introdotto un nuovo articolo 16 TCE (attuale articolo 14 TFUE), una nuova base giuridica in materia di SIEG che ha affiancato l'art. 106 TFUE, sino a quel momento unica disposizione di diritto primario in materia. La nuova norma ha riconosciuto ai SIEG una funzione essenziale, con riferimento non solo alla tutela della concorrenza – sino a quel momento unico ambito di interazione tra i servizi pubblici ed il diritto dell'Unione - ma anche alla coesione sociale e territoriale e, più in generale, alla tutela di quei diritti, prevalentemente sociali, per il cui godimento l'accesso ai servizi di interesse economico generale rappresenta un presupposto fondamentale³⁴³.

³⁴² Sul Trattato di Amsterdam, per tutti: A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998; ID, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, p. 267 ss.; HEUKELS-BLOKKER-BRUS, *The European Union after Amsterdam: a legal analysis*, L'Aia, 1998; M. DONY BARTHOLOMÉ, *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruxelles, 1999; I. PERNICE, *Multilateral Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam*, in *CMLR*, 1999, p. 703 ss.

³⁴³ D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 187. In effetti, la maggiore attenzione agli obiettivi di carattere sociale che sono implicati nelle azioni e nelle politiche dell'Unione europea, rappresenta un elemento caratterizzante del Trattato di Amsterdam, tanto che è possibile affermare che "il diritto comunitario dopo il Trattato di Amsterdam rafforza l'equilibrio tra imperativi economici e coesione sociale": così M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, p. 398. La dottrina è pressoché unanime nel riconoscere nel Trattato di Amsterdam il momento più significativo del progressivo accrescimento degli obiettivi di carattere sociale nell'(allora) ordinamento comunitario: si vedano ad esempio L. S. ROSSI, *Con il Trattato di Amsterdam l'Unione è più vicina ai suoi cittadini?*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 339 ss.; J. SHAW *Constitutional Settlements and the Citizen after the Treaty of Amsterdam*, in K. NEUNREITHER, A. WIENER (a cura di), *European Integration After Amsterdam. Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*, Oxford, 2000, p. 290 ss. Più in particolare, sul mutamento di prospettiva in tema di SIEG che ha avuto luogo con Trattato di Amsterdam, S. GOZI, *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'Unione e*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 917 ss.; S. RODRIGUES, *Les services publics et le Traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet du nouvel article 16 du Traité CE*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1998, p. 37 ss.; L. FLYNN, *Competition Policy and Public Services in EC Law after the Maastricht and Amsterdam Treaties*, in P. TWOMEY, D. O'KEFFE (a cura di), *Legal Issues of the Amsterdam*

L'articolo 16 del TCE è stato introdotto dalla modifiche di Amsterdam nella prima parte del Trattato CE, dedicata ai "Principi"³⁴⁴. Esso dispone che:

"Fatti salvi gli articoli 73,86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti".

2.1.1. La genesi dell'art. 16 TCE

La formulazione dell'art. 16 TCE, nel testo in vigore sono al 30 novembre 2009³⁴⁵, rappresenta il punto d'arrivo di un negoziato particolarmente complesso, che ha avuto inizio con una proposta del Ministro francese Michel Barnier, sottoposta inizialmente all'attenzione degli altri Stati membri sotto forma di *memorandum*. In tale documento si auspicava una maggiore attenzione alle esigenze di carattere sociale sottese ai SIEG, ed in particolare l'uguaglianza tra tutti i cittadini, la parità di trattamento, un assetto equilibrato del territorio, la coesione sociale, la

Treaty, Oxford, 1999, p. 185 ss.; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001; P. NIHOUL, *Droit européen, consommateurs et services d'intérêt économique général*, in J. V. LOUIS, S. RODRIGUES, *Les Services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, 2006, p. 163 e ss. Tra chi sostiene la primazia "ideologica" del valore della concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale (primazia che avrebbe modulato sia il diritto primario e secondario sia la giurisprudenza), C. LEROY, *L'intérêt général comme régulateur des marchés*, in *Rev. Trim. dr. eur.*, 2001, p. 60.

³⁴⁴ Secondo L. FLYNN, *Competition Policy*, cit., p. 196, la collocazione dell'art. 16 nel Trattato CE rappresenta una tappa imprescindibile nel processo di progressivo mutamento di prospettiva dell'Unione in questo settore. Sulla sua portata giuridica della norma, *ex multis*, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 273 ss.; S. RODRIGUES, *Les services publics et le Traité d'Amsterdam*, cit.; M. ROSS, *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *European Law Review*, 2000, p. 22 ss.; M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, p. 441 ss.; M. D'ADDEZIO, *Violazioni dell'art. 16 del Trattato CE: profili sanzionatori*, in M. P. RAGIONIERI, M. MARESCA (a cura di), *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, 2006, p. 59 ss.

³⁴⁵ Infatti, il Trattato di Lisbona ha parzialmente modificato la disposizione: cfr. *infra*, §. 2.3.

continuità e l'adattabilità del servizio offerto, oltre alla tutela degli interessi strategici di lungo periodo. La proposta francese auspicava che queste modifiche fossero attuate attraverso una riformulazione dell'art. 90 CEE (attuale art. 106 TFUE) per inserirvi obiettivi di carattere sociale accanto a quelli di tipo economico.

A seguito della proposta prendeva avvio un negoziato tra gli Stati membri³⁴⁶, nel quale emersero subito due posizioni principali: da un lato, alcuni Stati vedevano nelle modifiche al Trattato l'unica via per inserire obiettivi sociali nel quadro dei servizi di interesse economico generale³⁴⁷; dall'altro lato, diversi Stati erano contrari ad una modifica di tale portata. Per questi ultimi, la maggiore attenzione ai profili sociali dei SIEG doveva essere introdotta in via interpretativa – attraverso un'interpretazione più ampia della deroga di cui all'art. 106 paragrafo 2 TFUE – nonché mediante l'adozione di atti di diritto derivato in cui vi fosse una maggiore attenzione alle esigenze di carattere sociale in chiave restrittiva della concorrenza.

Per gli Stati favorevoli ad una modifica del Trattato, poi, vi erano ulteriori opzioni alternative: l'inserimento dei profili sociali dei SIEG poteva infatti passare attraverso l'introduzione di un riferimento espresso all'esistenza di un diritto al servizio pubblico quale diritto fondamentale dei cittadini; ovvero attraverso la riformulazione dell'art. 90 CEE (ora 106 TFUE) per eliminarne il paragrafo terzo³⁴⁸; ovvero attraverso la riformulazione di alcune disposizioni contenute nei titoli del Trattato riguardanti le specifiche politiche comunitarie collegate ai SIEG (ambiente, industria, trasporti ...), adottando quindi un approccio settoriale anziché generale.

Tra queste due posizioni principali, vi era una tesi intermedia, propria della Commissione, la quale sosteneva la necessità di introdurre delle modifiche a livello del Trattato, senza tuttavia modificare l'art. 90 CEE

³⁴⁶ Sul negoziato che ha portato all'inserimento dell'art. 16 TCE, S. GOZI, *Prime riflessioni*, cit., p. 924; D. GALLO, *I Servizi*, cit., pp. 714-717.

³⁴⁷ Questi Stati membri erano quindi allineati all'iniziale proposta francese.

³⁴⁸ E quindi, sopprimendo il potere normativo *sui generis* esercitabile autonomamente dalla Commissione europea ex art. 106 paragrafo 3 TFUE.

(attuale art. 106 TFUE). La Commissione proponeva infatti di affiancare a tale norma – che era di frequente applicazione e sulla quale continuava a svilupparsi giurisprudenza in continua evoluzione – un’ulteriore disposizione in materia di servizi di interesse generale³⁴⁹, inserendo un riferimento specifico ai medesimi tra gli obiettivi dell’Unione. Per la Commissione peraltro, tale nuova norma non avrebbe dovuto costituire una base giuridica nuova ed ulteriore in materia di SEIG, trattandosi semplicemente di una norma di carattere programmatico³⁵⁰. Quanto al Parlamento europeo, esso sosteneva una posizione che valorizzava in misura ancora maggiore la portata sociale dei SIEG: il Parlamento propendeva infatti per una doppia modifica del Trattato, sia inserendo un espresso richiamo a tali servizi tra gli obiettivi dell’Unione; sia attraverso una modifica agli artt. 90 e 95 CEE (ora artt. 106 e 114 TFUE).

In questo ampio scenario di posizioni negoziali, comunque, nessuna parte difendeva il mantenimento dello *status quo* caratterizzato da un’attenzione pressoché esclusiva ai profili della concorrenza nei servizi pubblici³⁵¹.

Lungo il corso del negoziato è infine prevalsa la posizione contraria ad una riformulazione dell’art. 90 CEE (attuale art. 106 TFUE); ed è stata inserita una nuova norma (l’art. 7D) nella prima parte del Trattato di Amsterdam dedicata ai principi del mercato interno. Il testo originario presenta delle diversità rispetto a quello che sarebbe poi confluito nell’art. 16 TCE, giacché, nella parte finale del negoziato, è stata aggiunta la clausola di riserva all’inizio della norma (con il richiamo espresso agli artt. 106 e

³⁴⁹ La proposta della Commissione non era dunque limitata ai SIEG; difatti, l’inserimento nell’ambito degli obiettivi del Trattato riguardava la più ampia categoria dei “servizi di interesse generale”.

³⁵⁰ Si veda la Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale del 1996, punto 74, in cui si afferma il valore programmatico della futura disposizione, la quale avrebbe confermato il posto privilegiato che i servizi di interesse generale occupano tra i valori dell’Unione. Inoltre, “senza costituire una nuova base giuridica, tale modifica metterebbe in rilievo che i servizi in questione costituiscono una dimensione di cui tenere conto nella definizione delle azioni della Comunità e nell’elaborazione delle sue politiche” (sottolineatura aggiunta).

³⁵¹ Come sottolineato da L. FLYNN, *Competition Policy*, cit., p. 196.

107); mentre l'espressione "servizi di interesse generale" è stata sostituita con l'espressione "servizi di interesse economico generale"³⁵².

2.1.2. La portata dell'art. 16 TCE

L'accento posto dall'art 16 TCE sull'importanza dei SIEG nell'ambito dei "valori dell'Unione", ha assunto una rilevanza crescente nel processo di regolamentazione dei servizi di interesse economico generale, finendo per rappresentare un parametro normativo attraverso cui esaminare la normativa derivata, la giurisprudenza e gli atti di natura non vincolante adottati in materia; potendosi la norma inquadrare in un tipo di regolazione a scopi sociali³⁵³, il cui obiettivo è garantire la fruizione diffusa ed uniforme

³⁵² D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 717.

³⁵³ V. T. PROSSER, *La regolazione per scopi sociali*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi*, cit., p. 41 ss.; D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 190. In dottrina, S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2008, p. 90-92, suddivide la regolazione, nella fase successiva alla liberalizzazione dei mercati, in tre tipi. La prima tipologia di regolazione che si è sviluppata mirava a garantire l'apertura dei mercati; successivamente, la regolazione ha inteso assicurare il funzionamento dei mercati stessi in ragione delle loro specifiche caratteristiche; infine, il terzo tipo di regolazione (nel cui ambito l'autore inserisce anche l'articolo 14 TFUE) ha contenuti sociali, e mira a garantire che la prestazione dei servizi sia assicurata a tutti i cittadini entro determinati standard di qualità. Un esempio di regolazione di questo terzo tipo è rappresentata dal settore del trasporto aereo. In questo settore l'Unione ha dapprima liberalizzato il mercato, successivamente ha regolamentato il settore attraverso - ad esempio - la regolazione degli *slot*; infine, in una terza fase, l'Unione ha disciplinato questioni attinenti alla sicurezza, alla qualità del servizio e ai diritti dei cittadini - utenti. I regolamenti adottati in materia regolano profili quali la responsabilità del vettore aereo per ritardo o cancellazione del volo, i diritti dei passeggeri in caso di negazione dell'imbarco per *overbooking*, un regime di responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo, danni alla persona o al bagaglio del passeggero. Si vedano in proposito: il Regolamento (CE) n. 889/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 maggio 2002, che modifica il regolamento (CE) n. 2027/97 sulla responsabilità del vettore aereo in caso di incidenti, in GU L 140 del 30 maggio 2002, p. 2 ss.; il Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato, in GU L 46 del 17 febbraio 2004, p. 1 ss.; il Regolamento (CE) n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo, in GU L 204 del 26 luglio 2006, p. 1 ss.; il Regolamento (CE) n. 2111/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2005, relativo all'istituzione di un elenco comunitario di vettori aerei soggetti a un divieto operativo all'interno della Comunità e alle informazioni da fornire ai passeggeri del trasporto aereo sull'identità del vettore aereo effettivo e che abroga l'articolo 9 della direttiva 2004/36/CE, in GU L 344 del 27 dicembre 2005, p. 15 ss.; il Regolamento n. 1546/2006 del 4 ottobre 2006, relativo all'introduzione di standard di sicurezza comuni nel settore del trasporto aereo, in GU L 286 del 17 ottobre 2006, p. 6 ss. Sul tema dei diritti dei passeggeri nel trasporto aereo si veda ampiamente F. ROSSI DAL POZZO, *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli*, cit.

dei servizi essenziali. In questo quadro di riferimento, la concorrenza non è un obiettivo fine a sé stesso, bensì strumentale a fini sociali e relativi all'effettiva fruizione dei servizi pubblici³⁵⁴.

La norma mira in questo modo a conciliare le esigenze di apertura dei SIEG al mercato, con quelle di natura sociale. Il contemperamento tra concorrenza ed obiettivi sociali è il frutto di un compromesso tra quegli Stati membri intenzionati a modificare il Trattato per “arginare” l'azione di liberalizzazione condotta dall'Unione (ed in particolare dalla Commissione attraverso l'art. 106, paragrafo 3 TFUE) nei settori economici tradizionalmente riservati alla gestione pubblica, ed altri Stati membri che invece avrebbero voluto utilizzare i meccanismi di salvaguardia previsti dall'articolo 106 TFUE³⁵⁵. L'art. 16 TCE non corrisponde nemmeno alle aspettative del Parlamento europeo, che avrebbe preferito una norma che limitasse ulteriormente lo spazio della concorrenza a favore degli obiettivi sociali.

A ben vedere, comunque, mercato e servizi di qualità non sono obiettivi necessariamente inconciliabili o confliggenti, dal momento che servizi pubblici poco efficienti (dal punto di vista economico) finiscono per

Simili considerazioni possono essere svolte con riguardo al settore dell'energia (gas ed elettricità). Le direttive di liberalizzazione del settore (primo, secondo e terzo “pacchetto energia”) hanno mostrato un progressivo mutamento di approccio per tenere sempre più in considerazione profili non esclusivamente economici nell'ambito del servizio di interesse economico generale. Difatti, le direttive del primo pacchetto si focalizzavano prevalentemente sui profili della liberalizzazione del mercato e dell'apertura alla concorrenza. Pertanto, tali direttive lasciavano gli Stati membri liberi di decidere se ed in che misura imporre oneri di servizio pubblico a carico degli operatori del settore (si veda la Direttiva 96/92/CE ed in particolare il considerando 13; v. inoltre la Direttiva 98/30/CE, considerando 12). La seconda generazione di direttive nel settore energetico ha invece imposto agli Stati membri di sottoporre gli operatori del settore a determinati oneri di servizio pubblico, e non solo: le direttive hanno altresì imposto obblighi in materia ambientale, di sicurezza nell'approvvigionamento delle fonti energetiche e di protezione dei consumatori. Per quanto riguarda, appunto, il profilo della protezione dei consumatori, le direttive del secondo pacchetto hanno introdotto disposizioni volte a proteggere gli utilizzatori finali – special modo quelli maggiormente vulnerabili - da interruzioni di fornitura; nonché disposizioni volte ad imporre determinati obblighi informativi e di trasparenza contrattuale nei confronti dei clienti finali. Per ulteriori approfondimenti sul settore dell'energia nel quadro dei servizi di interesse economico generale, per tutti: C. LEMARIE, *Energie et services d'interet economique general*, in J.V. LOUIS, S. RODRIGUES, *Les services*, cit., p. 216 ss.

³⁵⁴ D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 190.

³⁵⁵ A. GARDELLA, *Articolo 16*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati*, cit., p. 246.

avere ripercussioni negative non solo sulle imprese concorrenti, ma anche sui cittadini che fruiscono di questi servizi.

La natura compromissoria dell'art. 16 TCE si riflette nell'ambigua formulazione della norma. Tale formulazione non è stata chiarita dai giudici dell'Unione, dal momento che le pronunce sin ora rese in materia di SIEG non hanno mai affrontato il problema specifico del significato e della portata giuridica da attribuire all'art. 16³⁵⁶. Nonostante queste incertezze, la norma, ponendo l'accento sui SIEG quale elemento fondamentale nel quadro dei valori dell'Unione anziché sulla concorrenza³⁵⁷, di fatto “eleva di rango” questa categoria di servizi da un punto di vista filosofico e concettuale³⁵⁸, fornendo loro una copertura politica che non può più essere ignorata dai protagonisti del processo legislativo dell'Unione allorché si confrontino con la materia della regolazione dei servizi pubblici nell'Unione³⁵⁹. Inoltre, l'inserimento dell'art. 16 TCE nel Trattato rappresenta una “tappa imprescindibile” nel processo che ha condotto il diritto dell'Unione al progressivo mutamento di prospettiva in materia di SIEG³⁶⁰. E difatti, l'art. 16 TCE ha costituito la premessa necessaria per l'adozione – nel quadro della regolamentazione di determinati settori del mercato - di norme relative ai diritti degli utenti che introducono obblighi di protezione in capo ai prestatori dei servizi³⁶¹.

³⁵⁶ Se non per brevi riferimenti nelle conclusioni di alcuni avvocati generali, come rimarcato da D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 191. Nemmeno la Dichiarazione n. 13 sulla nozione di servizio pubblico allegata al Trattato di Amsterdam è di grande ausilio, dal momento che essa fa riferimento alla giurisprudenza stessa: “*le disposizioni dell'articolo 16 del Trattato che istituisce la Comunità europea sui servizi pubblici sono attuate nel pieno rispetto della giurisprudenza della Corte di giustizia, fra l'altro per quanto concerne i principi della parità di trattamento, della qualità e della continuità di tali servizi?*”.

³⁵⁷ M. ROSS, *Article 16 E.C. and services of general interest*, cit., pp. 31-34.

³⁵⁸ Così E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza*, cit., p. 236.

³⁵⁹ V. S. RODRIGUES, *Les services publics et le Traité d'Amsterdam*, cit., p. 38.

³⁶⁰ D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 191.

³⁶¹ Al di fuori di questi specifici obblighi settoriali previsti da norme di diritto derivato, la dottrina era divisa – in assenza di pronunce della giurisprudenza – sulla possibilità che l'art. 16 TCE potesse costituire una base giuridica “positiva” in grado di conferire agli utenti diritti soggettivi, azionabili nei confronti degli operatori SIEG o degli Stati membri. Alcuni Autori sottolineavano la natura meramente programmatica della norma, inidonea in sé e per sé a creare obblighi di tipo positivo perché i SIEG fossero forniti sulla base di parametri di qualità ed efficienza, soddisfacendo le esigenze minime dei cittadini (In questo senso, M. ROSS, *Art. 16 E.C. and services of general interest*, cit.). La dottrina

2.2. L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

La finalità sociale dei servizi di interesse economico generale è stata ripresa ed accentuata anche dall'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁶². Come noto, la Carta è un importante documento che contiene il catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione. L'idea di dotarsi di una Carta dei diritti era stata lanciata in occasione del Consiglio europeo di Colonia del 1999³⁶³, sede in cui i capi di Stato e di governo diedero mandato ad una “Convenzione” di elaborare una Carta dei diritti fondamentali riconosciuti dall'UE, al fine di dare loro una maggiore visibilità³⁶⁴. La Convenzione elaborò un catalogo di diritti fondamentali, raggruppati in sei gruppi fondamentali: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia. In occasione del Consiglio europeo di Nizza del dicembre 2000, e dopo un negoziato di circa nove mesi, la Carta fu solennemente proclamata dai Presidenti del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo.

La Carta non si è inserita in un contesto di *vacuum* in materia di diritti fondamentali, dal momento che tali diritti erano già da tempo tutelati a diversi livelli e da diverse fonti: a livello nazionale, dal momento che la

dominante, concorde nell'affermare il valore chiave dell'art. 16 TCE per la tutela dei diritti dei singoli nel quadro dei SIEG, faceva discendere dalla norma un vero e proprio obbligo giuridico per Unione e per Stati membri nei confronti dei cittadini, senza tuttavia precisare se ed in che misura tali diritti fossero azionabili in via giudiziale: O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai Servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Un. EUR.*, 2002, p. 633 ss. Infine, altri Autori vedevano nell'art. 16 TCE non solo una norma produttiva di obblighi in capo ad Unione e Stati membri, ma una vera e propria fonte di diritti soggettivi per l'utente nei confronti dell'operatore SIEG, diritti azionabili in via giudiziale: cfr. M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale*, cit.

³⁶² Nel prosieguo, tale documento sarà anche indicato come “la Carta” o “la Carta di Nizza”.

³⁶³ Si vedano le Conclusioni della Presidenza in occasione del Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999, in *Bollettino UE* n. 6, 1999.

³⁶⁴ *Ibidem*. Il fine iniziale sotteso alla volontà dei Capi di Stato e di governo era infatti meramente politico, e solo un numero molto limitato di diritti fondamentali avrebbe dovuto essere incluso nella Carta: K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, *A “Bill of Rights” for the European Union*, in *CMLR*, 2001, p. 273 ss., p. 279. Per un esame della genesi della Carta dei Diritti Fondamentali si veda anche L. GOLDSMITH, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *CMLR*, 2001, p. 1201 ss.

maggior parte della Costituzioni degli Stati membri già contenevano un nucleo di diritti fondamentali; a livello internazionale, attraverso il sistema della Convenzione europea per i diritti dell'uomo; ed infine a livello dell'Unione europea, dal momento che i diritti fondamentali – grandi assenti dei Trattati di Roma – erano stati comunque introdotti nell'ordinamento comunitario grazie all'attività interpretativa della giurisprudenza³⁶⁵. La giurisprudenza comunitaria, tuttavia, si era principalmente focalizzata sulla tutela dei diritti riconducibili alla dignità, libertà ed uguaglianza³⁶⁶, mentre i diritti di solidarietà erano principalmente tutelati a livello degli ordinamenti nazionali. Per questo, l'introduzione nella Carta di Nizza di un capo IV, intitolato ai diritti di “Solidarietà” ha rappresentato uno degli elementi maggiormente innovativi della Carta³⁶⁷.

Tra questi diritti di solidarietà la Carta riconosce anche quello all'accesso ai servizi di interesse economico generale. In particolare, l'art. 36 prevede che:

“Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle

³⁶⁵ Già nel 1969, la Corte di giustizia dell'Unione riconosceva che i diritti fondamentali della persona “*fanno parte dei principi generali del diritto comunitario*”: sentenza della Corte 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, in *Racc.*, p. 417, punto 7. Si veda anche la sentenza della Corte 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, p. 1125, punto 4, in cui la Corte afferma che “*La tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo in conformità alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità*”. La Corte ha anche utilizzato in via interpretativa i diritti fondamentali per estendere il principio di non discriminazione contenuto nel Trattato di Roma al di là dell'ambito delle discriminazioni basate sulla nazionalità: così, il divieto di discriminazione è stato esteso in via pretoria al requisito delle residenza (sentenza della Corte 23 gennaio 1997, causa C-29/95, *Pastoor*, in *Racc.*, p. I-285, punti 17 e 18), della lingua (sentenza della Corte 28 novembre 1989, causa C-379/87, *Groener*, in *Racc.*, p. I-3967, punti 19-21), del genere (sentenza della Corte 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P*, in *Racc.*, p. I2143, punti 13-24).

³⁶⁶ K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, *A “Bill of Rights”*, cit., p. 280.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 281, nota 47. Infatti, se è vero che i redattori della Carta non hanno introdotto *ex novo* alcun diritto fondamentale, è pur vero che non tutte le costituzioni dei diversi Stati membri riconoscono in egual misura gli stessi diritti sociali. Per questo, il catalogo di diritti (in special modo quelli sociali) contenuto nella Carta ha riguardato in molti casi materie prive di *status* costituzionale in numerosi paesi membri: v. M. P. CHITI, *I caratteri della Costituzione economica europea alla luce della Carta dei diritti fondamentali di Nizza*, in C. FRANCHINI, L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo. Riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002, pp. 59-60.

*legislazioni e prassi nazionali, conformemente al Trattato che istituisce la Comunità europea*³⁶⁸.

L'art. 36 concepisce i servizi di interesse economico generale come uno strumento essenziale per la promozione della coesione sociale e territoriale e dei valori e principi che vi sono sottesi. La norma si è quindi aggiunta all'art. 16 TCE rappresentando una sintesi tra le due "anime" fondamentali del diritto dell'Unione, ossia la dimensione sociale e la dimensione della concorrenza e del libero mercato. Come l'art. 16, essa rappresenta il punto di incontro tra esigenze economiche e sociali dell'Unione in quanto, pur non limitando in alcun modo le spinte liberalizzatrici proprie del diritto dell'Unione, cerca di attenuarne eventuali effetti negativi attraverso il richiamo ai principi di coesione sociale e territoriale.

Nonostante l'originaria mancanza di valore vincolante della Carta per gli Stati membri³⁶⁹, l'inserimento dell'art. 36 nel catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione ha comunque rappresentato un passaggio di grande importanza, non certo pacifico. Infatti, la battaglia per l'inserimento

³⁶⁸ In dottrina - su tale norma - si vedano, A. LUCARELLI, *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in R. BIFULCO, M. CARTABRIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; L. GERARD, *Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour le concept de service d'intérêt général*, in *ERA-Forum*, 2002, p. 158 ss.; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta*, cit.

³⁶⁹ Sull'ampio dibattito, antecedente al Trattato di Lisbona, relativo al valore giuridico della Carta di Nizza, la letteratura è molto vasta. Si vedano, *ex multis*, R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 885 ss.; J. DUTHIEL DE LA ROCHÈRE, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?* in *Rev. marché comm. Un. eur.*, 2000, p. 674 ss.; G. SACERDOTI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini?* in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2000, p. 1389 ss.; K. LEENAERTS, E. E. DE SMIJTER, *A "Bill of Rights" for the European Union*, in *CMLR*, 2001, p. 273 ss.; M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1009 ss.; B. NASCIMBENE, *Quale strumento giuridico per la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?* in *Giur. it.*, 2001, p. 659 ss.; S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna 2001, p. 57 ss.; P. EECKHOUT, *The EU Charter of fundamental rights and the Federal question*, in *CMLR*, 2002, p. 945 ss.; L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti fondamentali come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 565 ss.; G. CONETTI, *Sulla natura giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2003, Napoli, 2004, p. 1899 ss.; U. VILLANI, *Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 76 ss.

dei SIEG nella Carta è stata una delle più aspre e dall'esito incerto nel quadro della Convenzione³⁷⁰; tanto che il *Praesidium* ha redatto una nota accompagnatrice in cui veniva ribadito che l'art. 36, nonostante la sua indubbia importanza, non poteva essere in sé e per sé considerato un mutamento di prospettiva tale da rivoluzionare l'approccio sino a quel momento dominante in materia di SIEG nell'Unione. Inoltre il *Praesidium* ha volutamente scelto di evitare il richiamo ai valori fondanti di un eventuale servizio pubblico europeo³⁷¹.

2.3. Il Trattato di Lisbona ed i SIEG

Dopo il fallimento del progetto di Trattato costituzionale³⁷² a seguito degli esiti negativi dei *referenda* francese ed olandese, gli Stati membri uniti nel Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007 hanno manifestato la loro volontà di proseguire con il processo di riforma dei Trattati³⁷³. A tale scopo, il Consiglio europeo ha disposto l'avvio - come noto - di una Conferenza intergovernativa ("CIG"), invitandola ad elaborare un Trattato modificativo dei i Trattati esistenti, allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata,

³⁷⁰ Come ricorda G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Témoignages et commentaires*, Parigi, 2001, p. 200.

³⁷¹ V. *Commento all'art. 36*, in M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001, p. 356; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici*, cit., p. 469. Il dibattito relativo all'introduzione di una norma specifica in tema di accesso ai servizi di interesse economico generale è stato molto vivo anche in sede di adozione del Trattato costituzionale; per approfondimenti, D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 730.

³⁷² La letteratura sulla *Costituzione* europea è vastissima; per alcuni tra i numerosi contributi: V. GISCARD D'ESTAING, *La Constitution pour l'Europe*, Paris, 2003; G. L. TOSATO, *The Vertical Distribution of Competences in the EU Draft Constitutional Text*, in *The International Spectator*, 2003, p. 43 ss.; P. CRAIG, *Constitutional Process and Reform in the EU: Nice, Laeken, the Convention and the ICG*, in *European Public Law*, 2004, p. 653 ss.; L.S. ROSSI (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, 2004; E. CANNIZZARO, *La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, p. 1 ss.; A. ADINOLFI, A. LANG (a cura di), *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?*, Milano, 2006; M. C. BARUFFI (a cura di), *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?*, Padova, 2006; G. STROZZI, *Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 229 ss.

³⁷³ Al punto 8 delle conclusioni, contenuto nel paragrafo 1, intitolato "Processo di riforma dei Trattati", si afferma che "dopo due anni di incertezza sul processo di riforma dei trattati dell'Unione, è giunto il momento di risolvere la questione e di far andare avanti l'Unione?".

nonché la coerenza della sua azione esterna³⁷⁴. I lavori della Conferenza intergovernativa hanno condotto all'approvazione in data 19 ottobre 2007, del testo finale del Trattato da parte dei Capi di Stato e di governo; esso è stato sottoscritto a Lisbona il successivo 13 dicembre. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, come noto condizionata alla ratifica di tutti gli Stati membri³⁷⁵, era originariamente prevista per il 10 gennaio 2009, ma è avvenuta - dopo una fase di stasi³⁷⁶ dovuta a problemi nei processi nazionali di ratifica in Irlanda³⁷⁷, Repubblica Ceca, Polonia³⁷⁸ e Germania³⁷⁹ - solo in data 1° dicembre 2009.

³⁷⁴ Cfr. il punto 1 dell'allegato I delle conclusioni.

³⁷⁵ In Italia lo strumento di ratifica è stato depositato in data 8 agosto 2008, dopo l'approvazione da parte del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati avvenuta rispettivamente il 23 ed il 31 luglio, e la firma, il 2 agosto, da parte del Presidente della Repubblica.

³⁷⁶ Per un inquadramento dei passaggi istituzionali dall'abbandono del progetto costituzionale al Trattato di Lisbona si vedano U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale, Ordinamento e struttura dell'Unione europea*⁵, Milano, 2009, pp. 26-31; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*⁴, Torino, 2009, pp. 53-54; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, pp. 6-9; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto*, cit., pp. 19-25.

³⁷⁷ In Irlanda, come noto, un primo *referendum* del 12 giugno 2008 diede esito negativo. Si era pertanto giunti ad un'intesa con il Consiglio europeo (11-12 dicembre 2008) per procedere con una seconda consultazione popolare, in cambio di determinate concessioni all'Irlanda. Il secondo *referendum*, svoltosi in data 3 ottobre 2009, ha invece dato esito positivo, probabilmente sulla scia della crisi economica e finanziaria dei suoi effetti in Irlanda.

³⁷⁸ In Polonia e Repubblica Ceca il Trattato, dopo essere stato approvato a livello parlamentare, è stato firmato dal Presidente della Repubblica dei due paesi, rispettivamente, in data ottobre e 3 novembre 2009.

³⁷⁹ In Germania le difficoltà relative alla ratifica del Trattato di Lisbona hanno avuto origine giurisprudenziale. Infatti la legge di ratifica, pur essendo stata approvata dal *Bundestag* l'8 ottobre 2008, è stata promulgata dal Presidente della Repubblica solo in data 25 settembre 2009, in quanto era attesa la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*. In tale sentenza, resa il 1° luglio 2009, il supremo giudice tedesco ha espresso forti riserve rispetto ad ulteriori future cessioni di sovranità da parte degli Stati membri all'Unione: tra i principali commenti alla sentenza, M. P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*; V. CERULLI IRELLI, *Verso un cauto rafforzamento delle istituzioni nazionali nella nuova fase del processo di integrazione europea*; S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, p. 1003 ss.; EDITORIAL COMMENTS, *Karlsruhe has spoken: "Yes" to the Lisbon Treaty, but ...*, in *CMLR*, 2009, p. 1023 ss.; D. HANF, *L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt "Lisbonne" de la Court constitutionnelle fédérale*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, p. 642 ss.; M. POIARES MADOURO, G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 503 8S.; L. S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1016 s's.; V. SKOURIS, *Les rapports entre la Cour de justice européenne et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Il Diritto*

Come il Trattato di Amsterdam, anche il Trattato di Lisbona³⁸⁰ ha segnato un progresso di rilievo nella relazione tra diritto della concorrenza e SIEG, perché rappresenta un “passo indietro”, quantomeno simbolico, in materia di concorrenza, ed un passo in avanti in materia di SIEG e di diritti dei cittadini-utenti.

Le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona hanno riguardato i SIEG sotto tre profili: in primo luogo, è stato “confermato” il precedente art. 16 TCE, recepito – con alcune modifiche – nell’attuale art. 14 TFUE. In secondo luogo, è stato adottato uno specifico Protocollo dedicato ai servizi di interesse economico generale. Infine, è stato conferito alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea un valore giuridico di pari grado a quello dei Trattati. Le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona con riferimento ai SIEG saranno esaminate nei paragrafi che seguono.

2.3.1. L’art. 14 del TFUE

Come anticipato, il Trattato di Lisbona ha recepito l’art. 16 TCE riproponendone il contenuto, nell’art. 14 del TFUE, il quale così dispone:

“Fatti salvi l’articolo 4 del trattato sull’Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell’importanza dei servizi di interesse economico generale nell’ambito dei valori comuni dell’Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l’Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell’ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base ai principi e condizioni, in particolare economiche e

dell’Unione europea, 2009, p. 775 SS.; D. THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgement of the German Constitutional Court*, in CMLR, 2009, p. 1795 ss.; E. CANNIZZARO, M. E. BARTOLINI, *Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon-Urteil*, in *Dir. Un. eur.*; 2010, p. 1 ss.

³⁸⁰ Sul Trattato di Lisbona: P. PONZANO, *Le traité de Lisbonne: l’Europe sort de sa crise institutionnelle*, in *Revue du Droit de l’Union européenne*, 2007, p. 569 SS.; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 21 ss.; J. BASEDOW, *Das Sozialmodell von Lissabon: Solidarität statt Wettbewerb?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, p. 225 ss.; P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance*, in *European Law Review*, 2008, p. 137 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts*, in CMLR, 2008, p. 617 ss.; F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008; J.-V. LOUIS, *L’Union européenne après Lisbonne. Les problèmes d’une “transition”*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, p. 631 ss.; E. TRIGGIANI, *Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2010, p. 9 ss.; J.-C. PIRIS, *The Lisbon Treaty - A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010.

finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”.

Solo tre modifiche sono state apportate dall'art. 14 TFUE rispetto alla versione precedente della norma³⁸¹. In primo luogo, alla riserva relativa agli articoli 73 (ora art. 93 TFUE), 86 ed 87 (ora artt. 106 e 107 TFUE), è stata aggiunto il rinvio all'art. 4 del TUE. Tale norma, introdotta per la prima volta con il Trattato di Lisbona, ribadisce che le competenze non espressamente attribuite all'Unione appartengono agli Stati membri e che l'Unione rispetta le peculiarità costituzionali e le funzioni proprie e riservate di ciascuno Stato membro³⁸². Si tratta peraltro di principi già impliciti nel quadro del sistema generale dell'Unione, e la cui esplicitazione in una norma di diritto primario (posta all'inizio del TUE) è emblematica circa la volontà degli Stati membri di “rivendicare” le proprie prerogative in materia di servizi pubblici. Per questo, l'aggiunta nell'art. 14 TFUE della riserva relativa all'art. 4 TUE rappresenta una chiara manifestazione del timore degli Stati membri affinché un'espansione dell'ambito di intervento dell'Unione in materia di SIEG possa minare le prerogative statali e limitare l'autonomia nazionale nell'individuazione ed organizzazione dei SIEG. Si tratta comunque di una modifica che non incide sul sistema generale delle competenze in materia di servizi pubblici, considerato che la competenza

³⁸¹ Per un raffronto tra le due versioni, B. NASCIBENE, *Unione Europea – Trattati. L'Europa in movimento*, Torino, 2010, p. 65.

³⁸² Questo il testo del nuovo art. 4 TUE: “1. In conformità dell'articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

2. L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.

3. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”. V. B. NASCIBENE, *Unione Europea – Trattati*, cit.

statale nel definire ed organizzare i servizi medesimi è da sempre stata implicita nell'impianto normativo in materia di SIEG.

Una seconda modifica rispetto all'art. 16 TCE riguarda la precisazione, contenuta nell'art. 14 TFUE, che le condizioni che consentono di assolvere alla missione di interesse generale attribuita agli operatori SIEG riguardano in particolare le questioni “*economiche e finanziarie*”. Anche questa modifica è indicativa della volontà degli Stati di “mantenere un controllo” sulla gestione della spesa nella delicata materia dei servizi pubblici. A differenza della prima modifica, si tratta di una precisazione non implicita nel sistema del riparto di competenze Stati/UE in materia di SIEG, dal momento che le condizioni economiche e finanziarie dei servizi pubblici costituiscono un ambito in cui, attraverso il controllo degli aiuti di Stato, l'Unione ha la possibilità di intervenire sindacando le decisioni statali in materia di spesa pubblica nel quadro dei servizi di interesse economico generale. Ciò è ancora più evidente se si considerano le recenti modifiche delle condizioni di compatibilità degli aiuti in questo settore, che dimostrano come la Commissione richieda sempre più spesso che i SIEG siano erogati da imprese efficienti, ed indica nel dettaglio i parametri della compensazione finanziaria agli operatori. Per questo, l'accento posto dall'art. 14 TFUE sulle condizioni economico-finanziarie pare emblematico della preoccupazione degli Stati che l'Unione possa comprimere eccessivamente il margine di discrezionalità degli Stati membri in materia di servizi pubblici, ambito che riguarda i bisogni essenziali dei cittadini e nel cui finanziamento sono implicate delicate scelte di politica legislativa.

Infine, la terza modifica introdotta dall'art. 14 TFUE rispetto all'art. 16 TCE è costituita dall'individuazione della base giuridica attraverso cui le istituzioni dell'Unione possono fissare tali condizioni economico-finanziarie, ossia la procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 294 TFUE. Si tratta di una modifica di grande rilievo che, a differenza delle due modifiche precedenti, non riguarda un potenziale conflitto tra competenza statale e competenza dell'Unione, bensì tra le stesse Istituzioni dell'Unione:

la Commissione da un lato; il Parlamento europeo ed il Consiglio dall'altro lato. Difatti, sino ad oggi le condizioni economico-finanziarie in materia di SIEG sono state fissate dalla Commissione sulla base dell'art. 106, paragrafo 3 TFUE. Grazie a tale norma, sono ad esempio state adottate le misure legislative per valutare la compatibilità degli aiuti in materia di SIEG, misure che, come noto, contengono i parametri economico - finanziari entro cui gli Stati devono mantenere il livello dei loro finanziamenti agli operatori SIEG. La sottoposizione di questa materia alla procedura legislativa ordinaria – e quindi al controllo del Consiglio e del Parlamento - potrebbe potenzialmente avere degli effetti conflittuali, poiché la competenza dei colegislatori dell'Unione sovrapporrebbe a quella della Commissione, Istituzione che rappresenta l'interesse comune e superiore dell'Unione europea.

Ad ogni modo, le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona alla precedente versione dell'art. 16 TCE sembrano voler ribadire la competenza degli Stati nel definire ed individuare i servizi di interesse economico generale, competenza che, invero, né la Commissione né la Corte di giustizia hanno mai messo in discussione. Si tratta quindi di modifiche sicuramente indicativi del timore (eccessivo) degli Stati rispetto ad eventuali perdite delle proprie prerogative in materia a favore dell'Unione.

2.3.2. (Segue) La portata dell'art. 14 TFUE

La portata giuridica dell'art. 14 TFUE non è ancora chiara ed in proposito, possono individuarsi distinti orientamenti in dottrina³⁸³.

Un primo orientamento, prevalente nella vigenza dell'art. 16 TCE, considera che la norma abbia un valore puramente simbolico, non avendo essa introdotto alcuna modifica nell'impianto complessivo dei Trattati e del diritto dell'Unione. Infatti, la clausola di salvaguardia con cui sono fatte salve le norme sulla concorrenza posta all'inizio della norma, sancirebbe

³⁸³ In dottrina si è prevalentemente ragionato sull'art. 16 TCE; le posizioni assunte nei confronti di quella norma valgono anche con la nuova formulazione.

l'impossibilità di considerare i SIEG secondo una prospettiva diversa da quella posta dall'art. 106 TFUE³⁸⁴.

Altra parte della dottrina ritiene che la norma sia rappresentativa del ruolo che i pubblici servizi ricoprono nell'ordinamento dell'Unione. Per questi autori, la definizione della portata dell'art. 14 TFUE dipende dalla futura adozione di un atto di diritto derivato, che ne precisi il contenuto e la portata attraverso la definizione di diritti ed obblighi specifici, andando quindi a riempire di contenuto la nuova disposizione del Trattato³⁸⁵. L'art. 14 TFUE è quindi il segno di un mutamento di prospettiva sul tema dei SIEG, nel senso che il corretto funzionamento dei servizi verrebbe a costituire un parametro a cui dovranno conformarsi la legislazione settoriale di diritto derivato e la giurisprudenza dell'Unione³⁸⁶.

Un'altra parte della dottrina ritiene invece che l'art. 14 TFUE costituisca una vera e propria base giuridica per l'adozione di una "regola positiva" sui servizi di interesse economico generale³⁸⁷, che superi quindi l'approccio esclusivamente "derogatorio" e di tipo economico-concorrenziale dell'art. 106. Attraverso un'analisi dell'art. 14 TFUE, letto in combinato con il nuovo Protocollo sui servizi di interesse generale oltre che con le direttive settoriali già adottate in materie di SIEG, si sarebbe di fatto già realizzata un'inversione di prospettiva sul tema e che, ormai, si sia compiuta una vera e propria equiparazione tra carattere derogatorio e carattere positivo dei SIEG³⁸⁸. La dimensione sociale dei SIEG, secondo

³⁸⁴ In questo senso, M. ROSS, *Article 16 E.C. and services of general interest*, cit., p. 28; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, p. 19; J.Y.M. FAVRET, *Le Traité d'Amsterdam: une révision à minima de la "Charte constitutionnelle" de l'Union européenne*, in *Cahiers dr. eur.*, 1997, p. 577; J. L. BUENDIA SERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 334; L. HANCER, *Community, State and Market*, in P. CRAIG, G. DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pp. 730-731.

³⁸⁵ G. F. CARTEI, *I Servizi di interesse economico generale*, in AAVV, *Trattato di diritto amministrativo, Parte Speciale*, diretto da CHITI, GRECO, Milano, 2000, p. 1222.

³⁸⁶ C. IANNONE, *Intervento pubblico*, cit., p. 79-86.

³⁸⁷ Così D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 724.

³⁸⁸ *Ibidem*. In tal senso H. PAULIAT, *L'access aux services d'interet economique general*, in *Les services publics en Europe*, cit., p. 46; F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali*, cit., p. 70 ss.; D. CHAMBERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2010, pp. 1035-1038. Tra coloro che, pur ritenendo l'art. 14 TFUE idoneo ad essere una base giuridica per un atto di portata generale in materia di SIEG, negano che la norma sia capace di invertire "il rapporto di regola ad eccezione" che attualmente definisce i rapporti

questi autori, non si limita ad una dichiarazione di principio o linea di tendenza, ma costituisce un obbligo positivo, una base giuridica su cui fondare un intervento normativo di carattere orizzontale vincolante per Stati membri ed Unione³⁸⁹.

Infine, sulla portata dell'art. 14 TFUE si può individuare un quarto orientamento secondo cui, dal diritto soggettivo dei cittadini-utenti ad accedere ai servizi di interesse economico generale, deriverebbe automaticamente un corrispondente obbligo in capo a Stati membri ed UE. L'accento posto dalla norma sul livello di efficienza e qualità nell'erogazione dei servizi alla collettività sarebbe quindi tale da capovolgere le priorità in vigore negli ultimi trent'anni³⁹⁰. Secondo questa tesi, dall'art. 14 del TFUE – letto congiuntamente alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea – deriverebbero direttamente dei diritti soggettivi in capo ai singoli, azionabili nei confronti degli Stati membri e dell'UE³⁹¹.

Ad avviso di chi scrive, le modifiche introdotte da Lisbona possono introdurre un potenziale conflitto tra Istituzioni che merita un'ulteriore riflessione. Da un punto di vista strettamente giuridico, infatti, si osserva che l'art. 14 TFUE fa salvo l'art. 106 TFUE e, quindi, anche il suo terzo

tra la normativa in materia di concorrenza ed il regime delle deroghe consentite per soddisfare scopi collettivi, M. CARTA, *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 771 ss.; p. 774.

³⁸⁹ V. G. L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione*, cit., p. 275, secondo cui la norma ha una portata non solo enunciativa, ma anche prescrittiva, poiché essa nel riconoscere i SIEG quale valore comune di Stati membri ed Unione, stabilisce che essi (Stati e Unione) provvedono affinché tali servizi funzionino. Secondo D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 726, il fatto che la norma imponga un obbligo alle istituzioni dell'Unione ed alle autorità nazionali che presiedono all'erogazione di un SIEG implica che la norma stessa abbia efficacia vincolante. Tuttavia, tale efficacia vincolante dell'art. 14 TFUE non comporta automaticamente che la disposizione abbia una "autonoma efficacia concreta", non trattandosi di una norma precettiva in senso classico, suscettibile di applicarsi direttamente ad una fattispecie concreta a prescindere dalla sua relazione con altre norme del diritto. In ogni caso, la norma non può nemmeno essere ridotta ad una semplice disposizione programmatica: infatti, l'art. 14 positivizza a livello di diritto primario degli obblighi già individuati in concreto da specifici atti settoriali di diritto derivato, oltre che dalla giurisprudenza. Secondo tale autore, in definitiva, l'art. 14 TFUE è una norma avente carattere sistematico, poiché la sua concretizzazione deriva dal rapporto con altre norme del diritto dell'Unione.

³⁹⁰ In tal senso, M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale*, cit., p. 441 ; T. VON DANWITZ, *State aid control over public services: a View from the Court*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD, J. VAN DE GRONDEN (a cura di), *Legal Issues of Services of General Interest*, 2011, p. 117.

³⁹¹ M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale*, cit., p. 447.

paragrafo con la competenza normativa della Commissione *ivi* prevista. Si potrebbe quindi argomentare che la competenza della Commissione prevista *ex art.* 106 paragrafo 3 sia prevalente rispetto a quella del Parlamento e del Consiglio, prevista dall'*art.* 14 TFUE. Tale interpretazione, porterebbe tuttavia a concludere che le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona hanno un effetto limitato o sarebbero addirittura *tamquam non esset*.

Dall'altro lato, però, ammettere una competenza autonoma del Parlamento e del Consiglio nella determinazione delle condizioni economico-finanziarie entro cui debbono essere organizzati i SIEG è una prospettiva non scevra di rischi: in primo luogo, perché il Consiglio è portatore delle istanze statali, istanze che il Trattato – nel quadro degli aiuti di Stato - tende a limitare ponendole sotto il controllo della Commissione; in secondo luogo, perché anche il Parlamento europeo, nel processo legislativo, è soggetto a “pressioni” da parte dei diversi portatori di interesse. Se tali circostanze sono fisiologiche nel quadro della maggior parte dei settori di competenza dell'Unione, in materia di aiuti tali circostanze divengono problematiche. Tanto che, sin dall'origine dei Trattati, Parlamento e Consiglio hanno sempre avuto un ruolo limitato se raffrontato con quello della Commissione e della Corte di giustizia.

Sino ad oggi, l'*art.* 14 TFUE non è stato utilizzato come base giuridica autonoma in materia di SIEG³⁹². I confini rispettivi delle competenze della Commissione da un lato, e di Parlamento e Consiglio dall'altro lato, non sono infatti ancora chiari nemmeno alle stesse istituzioni. Sicuramente un intervento della Corte di giustizia potrà contribuire a fare chiarezza sul punto, bilanciando le diverse esigenze in gioco.

³⁹² Anche perché la norma prevede l'impiego della procedura legislativa ordinaria che, come noto, implica pur sempre un'iniziativa legislativa da parte della Commissione e, quindi, la scelta da parte della stessa di non servirsi dell'*art.* 106 paragrafo 3, ma di ricorrere all'*art.* 14 TFUE.

2.3.3. Il Protocollo n. 26 sui Servizi di interesse economico generale

Il Trattato di Lisbona ha trattato il tema dei SIEG anche attraverso l'adozione di un Protocollo (il n. 26) in cui sono contenute disposizioni interpretative relative alla materia dei pubblici servizi³⁹³.

L'Articolo 1 del Protocollo chiarisce che i valori comuni dell'Unione nella materia dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 14 del TFUE comprendono in particolare: i) il ruolo essenziale e l'ampia discrezionalità delle autorità nazionali, regionali e locali nella fornitura, commissione e organizzazione di servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; ii) la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le diverse esigenze e preferenze degli utenti, che possono derivare da differenti situazioni geografiche, sociali e culturali; iii) un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente.

L'Articolo 2 del Protocollo ricorda che *“le disposizioni del trattato lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico”*.

Si tratta di disposizioni che, per un verso, ribadiscono concetti già propri del diritto dell'Unione presenti a livello di principi generali³⁹⁴, e che per altro verso sottolineano l'esigenza che i SIEG siano improntati a livelli di qualità, accessibilità servizio universale³⁹⁵. Come chiarito nella

³⁹³ Protocollo (n. 26) sui Servizi di interesse generale, in GUUE C 83 del 30 marzo 2010, p. 308. Il Protocollo è pubblicato anche in B. NASCIMBENE, *Unione Europea – Trattati*, cit., p. 308. Come noto, i Protocolli allegati ai Trattati hanno un valore giuridico pari ai Trattati stessi, come già da tempo chiarito dalla Corte di giustizia: *«le disposizioni contenute in tutti questi testi (trattati, allegati e protocolli) hanno uguale efficacia imperativa e che non si devono opporre le une alle altre ma tenerle in ugual conto per dar loro una applicazione adeguata»*: cfr. sentenza della Corte 23 aprile 1956, cause riunite n. 7/54 e 9/54, *Groupement des Industries luxembourgeoises c. Alta Autorità*, in *Racc.*, p. 88.

³⁹⁴ In particolare, il richiamo operato dall'articolo 1, punti i) e ii) al ruolo delle autorità nazionali e locali nella definizione e gestione dei SIEG, nonché alla circostanza che i servizi pubblici variano nell'UE a seconda delle esigenze delle specifiche collettività locali, è riferito a principi generali del diritto dell'Unione in materia di SIEG, da sempre riconosciuti (si veda il capitolo primo).

³⁹⁵ Come sottolineato in dottrina, il riferimento all'art. 2 del Protocollo ai servizi di interesse generale non economico, è un richiamo superfluo dal significato più politico che giuridico: infatti, la regolamentazione di servizi di interesse generale già rientrava nell'orbita degli Stati membri senza che fosse necessario un chiarimento in tale senso a livello di diritto primario: D. GALLO, *I Servizi*, cit.

comunicazione della Commissione del novembre 2007 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, intitolata “*I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*”³⁹⁶, l’accordo raggiunto dagli Stati su un Protocollo relativo ai servizi di interesse generale rappresenta comunque un passo decisivo nella direzione della creazione di un quadro europeo affidabile e trasparente in materia, nel quale le considerazioni sociali possono avere una posizione fondamentale.

Come si vede, nel testo del Protocollo vi è un’ulteriore insistenza sul ruolo delle autorità nazionali e locali in materia di servizi di interesse economico generale: tale esplicito richiamo è indicativo della volontà degli Stati membri di “mettere nero su bianco” il proprio ruolo fondamentale, temendo forse (improbabili) tendenze accentratrici a livello dell’Unione. A ben vedere, questa tendenza va pari passo con quella relativa all’eliminazione della “concorrenza” tra gli obiettivi dell’Unione e la sua “degradazione” a livello di un Protocollo specifico (il n. 27). Anche qui, la scelta operata, sulla spinta della Francia, di eliminare qualsiasi riferimento alla tutela della concorrenza dal novero dei valori e degli obiettivi dell’Unione (articolo 2 TUE) sembra trarre origine da istanze protezionistiche e di salvaguardia degli interessi nazionali nell’ambito industriale, orientate a comprimere le competenze dell’Unione³⁹⁷. Questa novità, unitamente alla nuova formulazione dell’art. 14 TFUE ed al Protocollo n. 26, potrebbe indurre gli Stati ad un “*maggiore attivismo nella protezione di imprese strategiche*”, anche tramite aiuti di Stato³⁹⁸.

Allo stesso tempo, il richiamo all’obbligo per gli Stati di garantire servizi di qualità rappresenta una tappa importante nel superamento della visione meramente “di mercato” dei SIEG, in quanto per la prima volta un

³⁹⁶ Si veda il doc. COM 725 del 20 novembre 2007.

³⁹⁷ D. GALLO, *I Servizi*, cit.).

³⁹⁸ Così R. BARATTA, *Le principali novità*, cit. Secondo G. CAGGIANO, *La disciplina*, cit., p. 159, il Protocollo esprime solennemente una posizione negativa degli Stati membri sulla possibilità di ampliare in via interpretativa le competenze dell’Unione a scapito di quelle degli Stati.

simile obbligo viene collocato a livello di diritto primario dell'Unione. Da tale rilevante modifica – letta in congiunzione all'eliminazione della concorrenza dagli obiettivi del Trattato - non può comunque farsi discendere la degradazione degli obiettivi di concorrenza scapito di obiettivi sociali: infatti, la portata giuridica dell'espunzione dell'obiettivo della concorrenza dall'articolo 3 TFUE, non va particolarmente enfatizzata, in quanto non si tratta di una modifica capace di produrre effetti concreti, dal momento che l'impianto complessivo dei Trattati continua ad essere imperniato sul mercato e sui principi che lo orientano, tra cui *in primis* la tutela della concorrenza³⁹⁹.

2.3.4. Il “nuovo” valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Il Trattato di Lisbona ha, indirettamente, toccato il tema dei SIEG anche grazie alla ridefinizione del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che è stata parificata ai Trattati. Le norme in essa contenute appartengono dunque al diritto primario dell'Unione, e vincolano direttamente tanto l'Unione quanto gli Stati membri, oltre a costituire un parametro per la valutazione della compatibilità degli atti di diritto derivato⁴⁰⁰.

Si tratta di un'evoluzione importante, dal momento che alcuni diritti contenuti nella Carta – ed in particolare i diritti “di nuova generazione” - non sono riconosciuti dalla totalità delle Costituzioni nazionali, né sono presenti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà

³⁹⁹ In questo senso, F. COSTAMAGNA, *Servizi socio-sanitari. Concorrenza e Libera circolazione dei servizi nel diritto dell'Unione*, Napoli, 2009, p. 19; P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 83 ss.

⁴⁰⁰ Così dispone l'art. 6 del TUE: “L'Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati?” (sottolineatura aggiunta). In virtù del Protocollo relativo all'applicazione della Carta di Nizza alla Polonia ed al Regno Unito, la Carta non estende alla Corte di giustizia dell'Unione – o a qualsiasi altra giurisdizione interna – il potere di affermare che la legislazione di questi due Paesi sia incompatibile con i principi in essa sanciti. Inoltre, in questi due Paesi i diritti di cui al Titolo IV (diritti di solidarietà, tra cui anche l'art. 36) non sono azionabili in via giurisdizionale, salvo nella misura in cui tali diritti siano previsti nei rispettivi ordinamenti nazionali.

fondamentali (CEDU)⁴⁰¹. Sebbene alcuni di questi diritti fossero già oggetto di riconoscimento a livello nazionale, la loro inclusione in un atto europeo avente valore giuridico pari a quello dei Trattati rappresenta una tappa fondamentale verso la convergenza dei sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali.

Con riguardo più specifico al diritto di accesso ai servizi di interesse economico generale, contenuto all'art. 36 della Carta⁴⁰², il *Conseil constitutionnel* francese aveva già sancito che il principio della continuità nei servizi pubblici ha rango costituzionale⁴⁰³; mentre un tale rango non era riconosciuto in altri Stati membri, come ad esempio in Italia.

Sulla portata dell'art. 36 a seguito dell'equiparazione del valore giuridico della Carta a quello dei Trattati, la dottrina è divisa. Secondo una prima tesi, l'art. 36 non può configurare un obbligo positivo per Stati membri ed istituzioni comunitarie, limitandosi ad imporre un obbligo di “non fare”, ossia un obbligo per l'Unione di non rimettere in discussione le

⁴⁰¹ Come noto, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ha costituito per lungo tempo un sistema di tutela dei diritti fondamentali “parallelo” a quello realizzato, in via pretoria, nel quadro dell'Unione. Sul rapporto tra CEDU e sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali si vedano, tra i numerosi contributi: G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 221 ss.; B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L.S. ROSSI (a cura di) *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; A. BULTRINI, *I rapporti fra la carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: dopo Lisbona potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 700 ss. Il Trattato di Lisbona, ha oggi previsto l'adesione dell'Unione alla CEDU, ed i relativi negoziati – intercorrenti tra UE e Consiglio d'Europa - sono tuttora in corso. V. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti*, cit., p. 253.

⁴⁰² Il tema dei servizi è presente non solo nell'art. 36, ma anche in altre disposizioni, quali: l'art. 14 relativo al diritto all'istruzione e alla formazione professionale; l'art. 29 relativo al diritto di ciascuno ad accedere al servizio gratuito di collocamento all'impiego; l'art. 34 relativo al diritto alle prestazioni di sicurezza sociale; l'art. 35 relativo al diritto di ricevere un'assistenza sanitaria e cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali. Come sottolineato in dottrina, è indubbio che la garanzia di poter fruire di servizi base quali l'acqua, l'elettricità, la previdenza, le cure mediche costituiscano diritti sociali fondamentali: D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 736; O. SCHUTTER, *L'accès aux services économiques d'intérêt général*, cit., p. 43. Pertanto, essi vanno ricompresi nei “valori comuni” a cui fa riferimento l'art. 14 TFUE: in tal senso, anche la Commissione europea nel Libro bianco del 2004 sui servizi di interesse generale, in cui la Commissione chiarisce che l'accesso a servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi accessibili costituisce “una componente essenziale della cittadinanza europea nonché un elemento indispensabile che consente loro di beneficiare appieno dei propri diritti fondamentali?” (punto 2.1 del Libro bianco).

⁴⁰³ Si veda la decisione 2007-556-DC del 16 agosto 2007, con riferimento al settore del trasporto pubblico terrestre.

scelte operate a livello nazionale relativamente ai profili dell'accesso al servizio pubblico; imponendo quindi all'Unione di assicurare che l'applicazione del diritto *antitrust* non impedisca l'effettività del diritto di accesso ai SIEG garantita a livello nazionale⁴⁰⁴. Questa interpretazione si basa sull'art. 6 del TUE il quale chiarisce che l'equiparazione della Carta ai Trattati non può implicare un'estensione delle competenze dell'Unione⁴⁰⁵.

Questa tesi è criticata da altra parte della dottrina, che la ritiene riduttiva, in quanto partirebbe dall'erroneo assunto per cui una maggiore attenzione ai profili sociali sottesi a servizi pubblici implichi necessariamente un "ritirarsi" della competenza dell'Unione a favore di un ampliamento delle competenze nazionali; senza considerare la possibilità di una più incisiva azione dell'Unione anche sotto questo profilo⁴⁰⁶. Secondo questi autori, un'interpretazione sistematica dell'art. 36 della Carta⁴⁰⁷ dovrebbe avere riguardo all'inciso per cui il riconoscimento e la tutela dell'accesso ai servizi pubblici debba avvenire "*conformemente ai Trattati*", e quindi considerando l'ampliamento del ruolo svolto dall'Unione europea nel quadro dei profili relativi all'accesso dei cittadini ai SIEG, un ampliamento che ha avuto luogo dapprima a livello di diritto derivato – attraverso le direttive settoriali di volta in volta approvate nei settori liberalizzati – ed ora, a seguito della modifiche di Lisbona, anche a livello di diritto primario con l'art. 14 TFUE.

Un'altra tesi ritiene che l'art. 36 della Carta si limiti a riconoscere l'accesso al servizio universale dal momento che il riferimento alla coesione sociale e territoriale mirerebbe ad eliminare l'esclusione sociale, secondo una prospettiva prettamente concentrata sul riequilibrio territoriale⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ L. GRARD, *Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, cit., p. 160; nello stesso senso, G. KAMARIS, *The Reform*, cit., p. 56.

⁴⁰⁵ G. KAMARIS, *The Reform*, cit., p. 56, il quale conclude che non può quindi essere riconosciuto, sulla base della sola Carta, un diritto dei cittadini a richiedere un diritto di accesso ai SIEG all'Unione europea.

⁴⁰⁶ D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 739.

⁴⁰⁷ Sull'importanza di leggere l'art. 36 della Carta in congiunzione con l'art. 14 TFUE, A. LUCARELLI, *Articolo 36*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 251; O. PORCHIA, cit., p. 633.

⁴⁰⁸ L. GRARD, *Place et signification de la Charte*, cit., p. 160. In effetti, questa tesi si basa sulla circostanza che, durante i lavori preparatori per la redazione della Carta, ogni tentativo di

Sulla portata del diritto di accesso ai servizi di interesse economico generale dopo l'equiparazione del valore giuridico della Carta ai Trattati, la lettura congiunta dell'art. 36 della Carta con l'art. 14 del TFUE contribuisce a produrre un obbligo positivo in capo agli Stati membri quanto all'erogazione dei servizi di interesse economico generale, un obbligo che non riguarda più solo i profili economici e concorrenziali. La concreta definizione di questi obblighi è più agevole nei settori in cui esiste un quadro regolatorio comunitario che specifichi la portata degli obblighi di accesso, servizio universale, qualità del servizio; mentre è meno agevole per i SIEG che non sono oggetto di una specifica regolamentazione, per mezzo di direttive di settore. Anche da questo punto di vista, è dunque auspicabile un intervento chiarificatore della Corte di giustizia, che riguardi la portata dell'art. 36 della Carta come norma autonomamente suscettibile di produrre effetti giuridici. La Corte dovrebbe altresì specificare quali parametri “non economici” gli Stati membri sono tenuti a rispettare nel garantire l'accesso ai SIEG, e come l'Unione debba intervenire. Sino ad oggi, l'art. 36 della Carta è stato utilizzato dalla Corte solo in poche occasioni, e nessuna volta come autonoma fonte di obblighi giuridici⁴⁰⁹. Una pronuncia della Corte sull'art. 36 della Carta e sul suo valore giuridico è quindi molto attesa, trattandosi di un diritto “nuovo”, non presente nella CEDU, né affermato in via pretoria a livello comunitario dall'attività della Corte di giustizia, ma presente solo nelle tradizioni costituzionali di pochi Stati membri.

Ad ogni modo, alla luce del nuovo rango assunto dalla Carta con il Trattato di Lisbona, letto in modo sistematico con il nuovo art. 14 TFUE

inserirne un riferimento ai principi di uguaglianza, accesso, universalità e trasparenza – tutti elementi che compongono la nozione di servizio universale – non sono stati accolti. *Contra*, D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 740, il quale nota come la nozione di servizio universale e quella di servizio di interesse economico generale siano per molti versi affini e difficili da distinguere, ed il rispettivo confine “molto sottile e poco definito”.

⁴⁰⁹ Ed in particolare in sole tre occasioni, tutte peraltro rappresentate da conclusioni di Avvocati generali: le Conclusioni dell'Avvocato generale Alber nel caso *TNT-Travo* (punto 94); le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa *GEMO* (punto 124); ed infine nelle conclusioni dell'Avvocato generale Maduro nella causa *FENIN*. Altre norme della Carta sono state richiamate in alcune sentenze solo per rafforzare e confermare il richiamo a diritti fondamentali già presenti, e non invece a fondamento di diritti nuovi: G. CONETTI, *Sulla natura giuridica della Carta*, cit., p. 1899.

ed il Protocollo n. 26, un tale diritto sembra potersi agevolmente affermare, anche perché esso non costituisce una novità all'interno dello stesso diritto dell'Unione, dal momento che obblighi di servizio universale, garanzia nell'accesso, trasparenza e qualità nei servizi pubblici sono già contenuti in svariate direttive settoriali, relative a specifici servizi di interesse economico generale. Non sembra invece potersi affermare che l'art. 36 possa creare un diritto dei cittadini ad invocare direttamente il diritto di accesso ai SIEG – la cui organizzazione e garanzia di accesso resta una prerogativa statale - nei confronti dell'Unione europea, dal momento che l'art. 6 del TUE molto chiaramente afferma che “*le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati*”.

2.4. I SIEG ed il Trattato di Lisbona: alcune considerazioni complessive

Dopo avere esaminato l'evoluzione della materia dei SIEG nel diritto primario dell'Unione, è possibile trarre un primo bilancio del ruolo ricoperto dai SIEG a seguito delle modifiche introdotte da Lisbona.

Il Trattato di Lisbona segna un ulteriore passo avanti nel legare i SIEG a diritti che non siano meramente economici. In questo senso, merita attenzione il richiamo operato dall'art. 14 TFUE e dall'art. 36 della Carta al collegamento esplicito tra servizi di interesse economico generale e coesione sociale e territoriale⁴¹⁰. La *ratio* va individuata nella volontà di enfatizzare il ruolo sociale anziché economico nelle politiche di coesione dell'Unione, in rispetto alle sperequazioni tariffarie. Alla base di tale scelta, quindi, si conferma che nel quadro dei Trattati, il mercato debba realizzarsi non solo sulla base dell'integrazione economica, ma anche sociale. L'accento posto sulla coesione territoriale segna invece l'attenzione dell'Unione verso le

⁴¹⁰ In dottrina è stata rilevata la differenza tra le due norme, nel senso che l'art. 14 TFUE, pur riconoscendo l'importanza dei SIEG all'interno dei valori europei, non li considera meramente strumentali alle politiche di coesione dell'UE. Al contrario, l'art. 36 della Carta sembrerebbe affermare un legame di tipo finalistico ed esclusivo tra SIEG e coesione sociale e territoriale, affermando quindi un ambito di intervento dei SIEG più esteso nell'articolo 14 TFUE rispetto all'art. 36: D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 745.

regioni più periferiche e quindi sfavorite nell'accesso ai servizi di interesse economico generale, anche per quanto attiene alle grandi industrie di rete. In altri termini, i servizi pubblici assumono un'importanza particolare per il superamento dell'isolamento sociale e per attrarre gli investimenti nelle regioni meno favorite.

Pertanto, Lisbona conferma il ruolo dell'Unione nella materia dei servizi pubblici, non solo per portare avanti opere di liberalizzazione, ma anche per garantire un bilanciamento tra esigenze di competitività ed esigenze di solidarietà.

Sul rapporto Unione/Stati, è indubbio che nel quadro attuale spetti pur sempre agli Stati membri l'individuazione dei servizi di interesse economico generale e la decisione di gravarli di obblighi di servizio pubblico, eventualmente organizzandoli come servizio universale⁴¹¹. Le modifiche introdotte da Lisbona sembrano voler accentuare questi profili (oltre ai profili "sociali") per "scongiurare" un possibile intervento troppo invasivo dell'Unione in materia. In proposito, se è vero che in una fase di crisi gli Stati membri tendano a conservare poteri e competenze, è criticabile la tesi di chi vede nel trasferimento di competenze dall'Unione agli Stati membri l'unica via possibile per garantire una maggiore tutela dei diritti dei cittadini. Ed infatti, è proprio grazie agli interventi di armonizzazione comunitari che, in determinati settori, è stato possibile raggiungere un maggiore equilibrio tra obiettivi di carattere economico, quali una maggiore liberalizzazione e concorrenza, e finalità di carattere sociale, quali la protezione dei consumatori.

3. I SIEG QUALE "DEROGA" ED OBBLIGO "POSITIVO"

Le norme del diritto primario dell'Unione sin qui esaminate, come modificate dal Trattato di Lisbona, oltre alle disposizioni di diritto secondario contenute nelle direttive settoriali dell'Unione, dimostrano

⁴¹¹ Salvo il caso dell'errore manifesto da parte degli Stati membri. Sul punto si veda il primo capitolo.

l'evidente cambiamento di prospettiva in materia di servizi di interesse economico generale; una prospettiva non più limitata all'analisi dei SIEG come deroga parziale ai principi di concorrenza⁴¹². Infatti, come è stato evidenziato⁴¹³, da un'impostazione iniziale prevalentemente focalizzata sull'obiettivo della concorrenza rispetto a quello delle garanzie sociali nell'erogazione dei SIEG, si è passati dapprima ad una maggiore attenzione ai profili dell'accesso ai servizi, cercando di conciliarli con le esigenze del libero mercato, poi all'individuazione di un nesso tra i SIEG, la cittadinanza europea e la tutela dei diritti fondamentali. Secondo alcuni Autori, inoltre, si sarebbe persino giunti ad un riconoscimento del diritto di accesso ai SIEG quale "obbligo positivo", rivolto sia agli Stati membri, sia all'Unione europea⁴¹⁴.

È quindi importante esaminare se questa "nuova prospettiva" in materia di servizi di interesse economico generale abbia, ed in quale misura, un impatto concreto nell'ordinamento dell'Unione⁴¹⁵. In particolare è

⁴¹² Questo mutamento di prospettiva è esaminato con chiarezza nel Rapporto del 2010 sul mercato interno: V. M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea - Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010, reperibile al seguente indirizzo internet http://ec.europa.eu/italia/attualita/primo_piano/mercato_interno/rapporto_monti_it.htm; ed in particolare i paragrafi 2.2 e 3.3 del Rapporto.

⁴¹³ D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 224.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

⁴¹⁵ Tra i numerosi autori che si sono soffermati sui profili della "nuova" rilevanza dei SIEG nel contesto europeo: J.L. BUENDIA SERRA, *Exclusive Rights*, cit.; C. SCOTT, *Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors*, in *European Law Journal*, 2000, p. 310 ss.; S. RODRIGUES, *La régulation communautaire des services publics de réseaux - vers une théorie générale de la 'concurrence régulée'?*, in *Flux*, 2001, p. 80 ss.; V. SOTTILI, *Servizio pubblico e diritto comunitario*, in L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *op. cit.*, p. 7 ss.; O. DE SCHUTTER, *L'accès aux services économiques d'intérêt général: un nouvel instrument de promotion des droits économiques et sociaux dans le cadre du marché intérieur - résumé de l'intervention d'Olivier De Schutter*, in *Les Services publics en Europe. Académie de droit européen - Trèves, 24-25 janvier 2002. Documentation de base*, p. 42 ss.; F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, p. 39 ss.; S. RODRIGUES, *Services publics et droit communautaire en 2001: de la régulation à l'évaluation*, in *Europe*, 2002, p. 5 ss.; M. CARTA, *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 771 ss.; M. ROSS, *The Europeanization of Public Services Supervision: Harnessing Competition and Citizenship?*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 303 ss.; G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1219 ss.; M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, p. 1351 88.; M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale*, cit.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; ID.,

necessario interrogarsi sulla possibilità che questo mutamento di prospettiva possa portare all'emersione di un concetto "europeo" di servizio pubblico; e se l'art. 14 TFUE possa essere considerato una norma produttiva di obblighi "positivi" a carico dell'Unione e degli Stati membri in materia di servizi di interesse economico generale.

Parte della dottrina ha argomentato che l'art. 14 TFUE, unito all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali sia idoneo a fondare un vero e proprio obbligo positivo a carico degli Stati membri e dell'Unione in materia di SIEG, azionabile giudizialmente da parte dei cittadini – utenti⁴¹⁶.

L'analisi della questione non può prescindere da un esame delle caratteristiche "oggettive" dei cd. diritti sociali, i quali sono comunemente intesi come i diritti dei cittadini a ricevere determinate prestazioni dagli apparati pubblici; e rappresentano quindi i diritti che caratterizzano lo "Stato sociale"⁴¹⁷. La dottrina costituzionalista ha dimostrato che la classica dicotomia tra diritti di libertà - intesi come portatori di un mero obbligo negativo per lo Stato - e diritti sociali – intesi come portatori di un obbligo di "fare" per lo Stato – rappresenta una distinzione fuorviante e fonte di equivoci: difatti, da un lato anche i diritti di libertà hanno bisogno di un'organizzazione pubblica⁴¹⁸; dall'altro lato, anche i diritti sociali hanno un contenuto minimo, che è protetto direttamente dalla Costituzione anche

Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest, in *European Public Law*, 2005, p. 565 ss.; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, p. 453 ss.; L. IDOT, *Concurrence et services d'intérêt général. Bref Bilan des évolutions postérieures au traité d'Amsterdam*, in J.-V. LOUIS, S. RODRIGUES (a cura di), *Les Services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, 2006, p. 39 ss.; e *ivi* anche P. NIHOUL, *Droit européen, consommateurs et services d'intérêt économique général*, p. 163 ss.; M. MARESCA, *Applicazione delle norme in materia di servizi di interesse generale*, in M.P. RAGIONIERI, M. MARESCA (a cura di), *cit.*, p. 3 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *I servizi di interesse generale e di interesse economico generale*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p. 89 ss.; M. ROSS, *Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition?*, in *CMLR*, 2007, p. 1057 ss.; G. CAGGIANO, *La disciplina*, *cit.*

⁴¹⁶ M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale*, *cit.*

⁴¹⁷ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, *cit.*, p. 543.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 488. Ad esempio, in materia di libertà, un'organizzazione ed un'allocatione di risorse da parte dei pubblici apparati è pur sempre necessaria: lo Stato non potrebbe adeguatamente tutelare l'incolumità fisica delle persone senza predisporre ed organizzare un apparato di polizia, oppure tutelare la proprietà privata (altro diritto tradizionalmente considerato "negativo") senza prevedere un trattamento positivo per i proprietari espropriati.

laddove lo Stato non abbia organizzato la propria “prestazione positiva”⁴¹⁹. Ciononostante, è indubbio che i diritti sociali, pur essendo enunciati a livello costituzionale, necessitano pur sempre della successiva attività degli organi di governo affinché siano attuati.

Un discorso analogo può applicarsi alle previsioni normative del diritto dell’Unione. La prassi mostra come, sino ad oggi, le istituzioni comunitarie siano potute intervenire a tutela dei diritti degli utenti di un servizio di interesse economico generale in presenza di precisi obblighi contenuti in atti di diritto derivato adottati dall’Unione in settori specifici, quali i trasporti aerei, le telecomunicazioni, l’energia ed il settore postale⁴²⁰. Sino ad oggi, invece, il diritto primario dell’Unione non è mai stato utilizzato per proteggere i diritti dei cittadini/utilizzatori dei servizi i

⁴¹⁹ La dottrina costituzionalista, in materia di diritti sociali ha riconosciuto che essi non possono dipendere da scelte di politica economica. Sebbene le “prestazioni” sociali dello Stato debbano essere bilanciate con esigenze di tipo organizzativo e di spesa pubblica, tali esigenze non possono consentire una compressione dei diritti sociali che ne intacchi il minimo essenziale: basti pensare in proposito alle numerose sentenze della Corte costituzionale italiana con cui sono state dichiarate illegittime delle disposizioni di legge volte alla limitazione della spesa pubblica in quanto esse non garantivano il “minimo vitale” delle prestazioni. *Ibidem*, p. 544.

⁴²⁰ Ricordiamo solo alcuni dei numerosi interventi delle istituzioni comunitarie nei settori regolamentati. Ad esempio, in materia di trasporto aereo l’Unione ha adottato numerosi atti a tutela dei diritti dei cittadini. In particolare, sul regolamento n. 261/2004 relativo ai diritti dei passeggeri in caso di mancato imbarco, cancellazione del volo o ritardo prolungato, si è formata una casistica giurisprudenziale: v. da ultimo, le conclusioni dell’AG Bot del 22 marzo 2012, nella causa C-12/11, *McDonagh c. Ryanair*, causa relativa ai diritti dei passeggeri in caso di riprogrammazione del volo; le conclusioni dell’AG Bot del 19 aprile 2012 nella causa C-22/11, *Finnair c. Timy Lassooy*, in materia di diritti dei passeggeri in caso di cancellazione del volo per circostanze eccezionali come la chiusura dello spazio aereo a seguito dell’eruzione vulcanica islandese del 2011. Nel settore postale, la legislazione settoriale dell’Unione europea ha costituito la base su cui l’Autorità francese delle poste e telecomunicazioni ha sanzionato La Poste per non avere garantito prezzi accessibili del servizio di spedizione di oggetti di scarso valore del peso inferiore ai due Kg. Nella propria decisione n. 1453/2011, l’Autorità francese ha ricordato che la direttiva dell’UE n. 97/67 richiede che il servizio universale sia “accessibile”, anche in termini di prezzo, al fine di soddisfare i bisogni degli utenti. L’Autorità ha in particolare stabilito che le spedizioni di oggetti non pregiati dal peso inferiore ai due kilogrammi rientra nella definizione di “corrispondenza” contenuta nella direttiva, e quindi fanno parte degli obblighi di servizio pubblico di cui è onerato l’*incumbent* La Poste, che ha quindi il dovere di erogare tali prestazioni secondo un regime di prezzi accessibili ed accesso universale. Per un commento alla decisione, M.A. FRISON-ROCHE, *The French postal and telecommunications regulator (ARCEP) fines universal postal service provider for not providing an affordable service for the shipment of low-value objects weighing less than two kilograms*, in *Concurrences*, Dicembre 2011. In generale, sul tema dei servizi di interesse economico generale nel settore postale, *ex multis*, S. KARAYANNIS, *Les services d’interet économique général dans le secteur postal: le care juridique européen*, in J.V. LOUIS, S. RODRIGUES, *Les Services*, cit., p. 309 ss.

interesse economico generale in assenza di una specifica normativa di diritto derivato che li prevedesse. In altri termini, l'allargamento dell'attenzione dell'Unione ai profili relativi all'accesso e alla qualità dei servizi di interesse economico generale è sempre avvenuta grazie a basi giuridiche specifiche e direttive settoriali.

In questi settori, è intuitivo poter affermare che i SIEG rappresentano un obbligo positivo per gli Stati membri e per l'Unione europea. Al di fuori di questi settori, invece, la possibilità di definire i SIEG come obbligo positivo merita alcune precisazioni. In linea di principio è da escludersi che le nuove basi giuridiche di diritto primario abbiano una portata solo programmatica⁴²¹, dal momento che le stesse – ed in particolare l'art. 14 TFUE – impongono un obbligo alle istituzioni nazionali e dell'Unione, e ciò implica che le norme in questione abbiano un'efficacia vincolante. Tuttavia, tale efficacia vincolante non comporta automaticamente un'autonoma “efficacia concreta”, non trattandosi di norme precettive in senso classico, direttamente applicabili ad una fattispecie concreta in assenza di altre specifiche disposizioni. Come è stato affermato in dottrina, le nuove basi giuridiche costituiscono piuttosto norme aventi carattere sistematico, poiché la loro concretizzazione deriva dal rapporto con altre norme del diritto dell'Unione⁴²².

Appurato che l'accesso ai servizi di interesse economico generale non costituisce solo una deroga ai sensi dell'art. 106, par. 2 TFUE alle norme sulla concorrenza e sulle libertà di circolazione, ma anche un principio positivo (entro i limiti sopra indicati), diventa fondamentale il ruolo della regolazione. Il mutamento di prospettiva in materia rende necessaria, in particolare, una regolazione per scopi sociali, il cui intervento non si limiti ai

⁴²¹ La portata non solo enunciativa, ma anche prescrittiva delle nuove norme di diritto primario in materia di SIEG si desume ad esempio dall'art. 14 TFUE, il quale - nel riconoscere i SIEG quale valore comune di Stati membri ed Unione - stabilisce che essi (Stati e Unione) provvedono affinché tali servizi funzionino: L. G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione*, cit., p. 275.

⁴²² D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 726.

solli casi di fallimento del mercato⁴²³. Così intesa, la regolazione si configura come uno strumento per dare attuazione ai valori sottesi al pubblico servizio e contribuire alla realizzazione dei principi di solidarietà sociale⁴²⁴.

4. IL DIBATTITO SULL'OPPORTUNITÀ DI ADOTTARE UNA DIRETTIVA DELL'UNIONE A PORTATA GENERALE IN MATERIA DI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE (CENNI)

Sino ad oggi, come detto, l'Unione europea è intervenuta a specificare gli obblighi positivi in materia di SIEG attraverso un approccio di tipo settoriale. Così, sono stati regolati sia i profili concorrenza, sia quelli relativi al servizio universale e ai diritti degli utenti in svariati settori, tra cui le telecomunicazioni, i trasporti, le poste, l'energia elettrica ed il gas. In ognuno di questi settori il grado raggiunto di liberalizzazione è diverso, così come diversa è la portata degli obblighi positivi posti a carico degli operatori nei confronti dei cittadini – utenti⁴²⁵.

Da alcuni anni, si è iniziata a prospettare la possibilità di trasferire questo approccio, sino ad oggi adottato a livello settoriale, all'intero settore dei servizi di interesse economico generale, attraverso l'adozione di una direttiva europea a carattere generale⁴²⁶. L'elaborazione di un quadro giuridico effettivo e completo in materia di SIEG, finalizzato ad incrementare la liberalizzazione di tali servizi tutelando altresì le prerogative

⁴²³ Infatti la regolazione, quando interviene in settori socialmente sensibili, risponde a principi autonomi rispetto a quelli che regolano il mercato, poiché incide sulle politiche redistributive e di coesione sociale degli Stati membri. *Ibidem*, p. 228.

⁴²⁴ T. PROSSER, *Regulation and Social Solidarity*, in *Journal of Law and Society*, 2006, p. 378. Sulle interconnessioni tra solidarietà e servizi di interesse economico generale si vedano M. ROSS, *Promoting Solidarity*, cit.; G. CAGGIANO, *La disciplina*, cit., pp. 8-11.

⁴²⁵ In questa sede non è possibile dare conto del contenuto della regolazione settoriale: si rinvia in proposito, per approfondimenti a G. CAGGIANO, *La disciplina*, cit., pp. 79-103; C. IANNONE, *L'intervento pubblico*, cit.

⁴²⁶ L'iniziativa per l'adozione di una direttiva-quadro è riferibile ad una prima proposta del Parlamento europeo, redatta da Werner Langen, da adottare ai sensi dell'allora art. 95 TCE (ora art. 14 TFUE). Secondo il Parlamento, la direttiva dovrebbe contenere i principi dell'Unione sottesi alla disciplina dei servizi di interesse economico generale, e dovrebbe costituire una "normativa democratica e trasparente", elaborata anche a seguito della partecipazione attiva dei cittadini – utenti. Sulla proposta di direttiva quadro, J.F. AUBY, *Une directive communautaire sur les services d'intérêt économique général*, in *Revue française de droit administratif*, 2006, p. 778 ss.

sociali ad essi connesse, è una questione tuttavia ancora problematica. In proposito, il Parlamento europeo si è sempre schierato a favore dell'adozione di un direttiva–quadro che specificasse i principi comuni sottesi alla materia dei servizi di interesse economico generale; mentre la Commissione ha sempre sostenuto l'opportunità di inserire tali principi in un atto non avente carattere vincolante, ma di semplice indirizzo⁴²⁷.

I dubbi maggiori in proposito riguardano l'individuazione della base giuridica da utilizzare ed il contenuto normativo dello strumento, tenuto conto delle conseguenze di rilievo che esso avrebbe sul piano delle politiche nazionali e dei rapporti tra Stati membri ed Unione.

Sotto il primo profilo, sino alle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona era molto difficile poter validamente sostenere l'esistenza di un' idonea base giuridica per l'adozione di una direttiva generale in materia di SIEG. Difatti, sebbene parte della dottrina avesse sostanzialmente ammesso la possibilità di utilizzare l'art. 90 TCE (ora art. 114 TFUE)⁴²⁸, si poneva il problema di capire se tale norma, preordinata all'introduzione di disposizioni di armonizzazione finalizzate al “buon funzionamento del mercato interno”, potesse essere utilizzata nell'ambito dei servizi pubblici economici; non era infatti chiaro se il concetto di mercato interno potesse essere esteso sino a ricomprendere anche l'armonizzazione di principi di stampo non strettamente economico, quali quelli di coesione sociale e territoriale. L'entrata in vigore dell'art. 14 TFUE a seguito delle modifiche di Lisbona ha dato un nuovo impulso alla questione della base giuridica per un atto a portata generale in materia di SIEG. Parte della dottrina, anzi, ritiene che vi sia un vero e proprio obbligo per l'Unione di legiferare, stante

⁴²⁷ Tuttavia, a partire dal 2006, anche il Parlamento europeo sembra essersi allontanato dalla prospettiva della direttiva – quadro; dal momento che, a partire dalla risoluzione del 27 settembre 2006 sul libro bianco sui servizi di interesse generale, è scomparso qualsiasi riferimento ad una tale proposta. La riflessione è comunque di interesse in quanto, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la dottrina ha nuovamente iniziato ad interrogarsi su questa opportunità: v. ad esempio, D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 447- 461, che individua nel regolamento dell'Unione lo strumento più adeguato.

⁴²⁸ V. S. RODRIGUES, *Towards a general EC framework*, cit., p. 260-262.

il carattere “*prescrittivo ed imperativo*” dell’obbligazione contenuta nell’art. 14 TFUE⁴²⁹.

Ad avviso di chi scrive, l’adozione di un atto di portata generale in materia di SIEG, nonostante le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, incontra una serie di ostacoli relativi alla base giuridica ed al suo contenuto. Difatti, l’art. 14 TFUE fa pur sempre salvo l’art. 106 – e quindi anche il suo terzo paragrafo, con la potestà normativa della Commissione in esso prevista. Piuttosto, l’art. 14 TFUE dovrebbe essere utilizzato per adottare atti di portata settoriale che estendano gli obblighi di servizio universale, continuità del servizio e diritti di accesso per i cittadini utenti, ai settori in cui ancora non esiste una regolazione in proposito, come ad esempio il settore della fibra ottica⁴³⁰.

Inoltre, la graduale “positivizzazione” della funzione svolta dai servizi pubblici nell’ordinamento UE non dovrebbe spingersi sino all’adozione di un atto di portata generale per vari ordini di ragioni. In primo luogo, si deve considerare che nei settori già armonizzati si è avuta una sostanziale estensione della competenza dell’Unione, che ha quasi completamente eliminato la potestà normativa degli Stati membri⁴³¹. Una rescissione generalizzata della competenza statale in materia di SIEG, che si realizzerebbe giocoforza con l’adozione di un simile strumento, non è auspicabile né sarebbe in linea con i principi generali del diritto dell’Unione in materia. Per questo, sebbene sia auspicabile estendere gli obblighi positivi in materia di servizi pubblici attraverso un’attività normativa dell’Unione, tale estensione dovrebbe continuare ad essere attuata attraverso un approccio settoriale. Un eventuale strumento di carattere generale, infine, dovrebbe limitarsi ad introdurre dei principi relativi ai profili sociali dei SIEG, senza spingersi ad un’opera di “liberalizzazione” generalizzata, né

⁴²⁹ D. GALLO, *I Servizi*, cit., p. 452. *Contra*, E. RIGHINI, *The Reform*, cit., pp. 5-6.

⁴³⁰ V. anche il rapporto *Una nuova strategia per il mercato unico – al servizio dell’economia e della società europea Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso* – di M. Monti, disponibile al sito: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/press-releases/pdf/20100510_1_it.pdf.

⁴³¹ G. CAGGIANO, *La disciplina*, cit., p. 157.

spingersi a regolare le condizioni economico- finanziarie dei SIEG, come previsto dall'art. 14 TFUE.

5. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'analisi svolta mostra che, indubbiamente, a partire dal Trattato di Amsterdam, l'Unione europea ha progressivamente concesso un maggiore spazio ai profili "sociali" sottesi ai servizi pubblici, non focalizzandosi esclusivamente sui profili economici e concorrenziali. Il Trattato di Lisbona ha, per un verso, ulteriormente accentuato questi aspetti, il particolare con il Protocollo sui servizi di interesse economico generale in cui è fatto esplicito richiamo all'obbligo di garantire agli utenti la qualità nel servizio e con l'equiparazione del valore della carta di Nizza ai Trattati. Per altro verso, invece, le modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona hanno voluto ribadire il ruolo fondamentale degli Stati membri nell'individuare, fornire ed organizzare i SIEG, evitando un aumento delle competenze dell'Unione in tale materia.

Come ricordato, la competenza statale è un principio chiave che non è mai stato messo in discussione a livello del diritto dell'Unione, né ciò sarebbe auspicabile. Infatti, la scelta di erogare determinate prestazioni a favore dei propri cittadini risponde a scelte politiche, che possono meglio essere assunte dagli Stati o dalle collettività territoriali, meglio collocate per rappresentare i propri cittadini e maggiormente vicine agli stessi, conformemente al principio di sussidiarietà.

Tuttavia, anche sotto il profilo degli aspetti sociali dei SIEG, l'Unione potrebbe (e dovrebbe) giocare un ruolo importante. In settori specifici, infatti, il contributo della regolazione comunitaria a favore di una maggiore tutela di interessi non economici è già stato positivamente sperimentato: si pensi ad esempio al settore dei trasporti o dell'energia, in cui grazie alla regolamentazione dell'Unione europea sono stati introdotti obblighi di

protezione dei consumatori e della tutela dell'ambiente, obblighi estesi ai 27 Stati membri.

Sebbene le nuove basi giuridiche introdotte nel diritto primario accanto all'art. 106 TFUE rappresentino un incentivo per l'Unione ad intervenire nel quadro dei profili sociali dei SIEG, l'individuazione delle modalità concrete di un tale intervento si rivela complessa. Si potrebbe ad esempio continuare l'approccio settoriale adottato sino ad ora: tale approccio presenterebbe il vantaggio di garantire una regolamentazione precisa, puntuale e concreta, facilmente applicabile da parte degli Stati. Tuttavia, ciò significherebbe moltiplicare i già numerosi strumenti settoriali esistenti nell'ambito dei servizi di interesse economico generale. In alternativa, parte della dottrina propende per l'adozione di una direttiva portata generale in materia di servizi pubblici. Si tratterebbe giocoforza di una direttiva di armonizzazione minima, che introduce obblighi minimi di protezione nell'ambito dei SIEG. Questa soluzione presenterebbe però lo svantaggio di delineare gli obblighi di stampo sociale connessi ai SIEG in una maniera troppo generica e non sufficientemente precisa e pertanto potrebbe non rappresentare un valido ausilio per gli Stati membri che organizzano il servizio.

Conclusioni

La disciplina dei servizi di interesse economico generale (SIEG) risponde alla considerazione fondamentale per cui determinati servizi, ritenuti necessari ed indispensabili per la collettività dei cittadini, non possono essere completamente lasciati all'autoregolamentazione del mercato, ma necessitano talvolta di interventi, diretti o indiretti, da parte delle autorità nazionali. I Trattati, infatti, non precludono forme di intervento pubblico nell'economia: l'art. 345 TFUE sancisce, appunto, la neutralità del diritto dell'Unione rispetto al regime di proprietà esistente negli Stati membri. Tuttavia, pur essendo gli Stati liberi di identificare, definire ed organizzare i servizi di interesse economico generale, ciò non deve determinare una violazione delle norme relative alla concorrenza e al principio di non discriminazione. L'analisi svolta mostra come, in un primo momento, l'attenzione del diritto dell'Unione fosse rivolta esclusivamente agli aspetti economici e concorrenziali dei servizi pubblici. A partire dal Trattato di Amsterdam, invece, ha cominciato ad emergere una maggiore attenzione ai profili "sociali" sottesi alle attività di interesse generale; un'attenzione, ad avviso di chi scrive, certamente positiva.

Sotto il primo profilo le istituzioni, ed in particolare la Commissione, sono intervenute sia attraverso il controllo della spesa pubblica a favore delle imprese incaricate della gestione di un SIEG (secondo la disciplina degli aiuti di Stato), sia attraverso la liberalizzazione di settori del mercato tradizionalmente riservati ai monopolisti pubblici, i quali spesso non garantivano un'efficiente erogazione del servizio.

Dal punto di vista degli aiuti, l'obiettivo dell'Unione di favore di una "migliore" spesa pubblica negli Stati membri è tuttora valido e perseguito, come dimostra il cd. Pacchetto Almunia recentemente adottato dalla Commissione al fine di valutare la compatibilità degli aiuti sotto forma di

finanziamento pubblico agli operatori SIEG. Sebbene, allo stato attuale, non sia agevole trarre conclusioni sulle nuove norme e orientamenti, è certo che con esse un numero maggiore di aiuti beneficerà dell'esenzione dall'obbligo di notifica: si tratta in particolare degli aiuti al di sotto di un determinato importo e di quelli erogati a favore di ospedali, case di cura ed altri istituti aventi una finalità prevalentemente sociale. Al contrario, per gli aiuti di maggior impatto concorrenziale (quali gli aiuti relativi alle grandi industrie di rete), continuerà ad essere richiesta una notifica *ad hoc* e saranno applicati criteri di valutazione più severi e complessi.

Pur nel quadro di un generale miglioramento delle regole previgenti, il Pacchetto Almunia presenta, a mio avviso, alcune criticità. In primo luogo, nella sua volontà di chiarire le regole giurisprudenziali in materia di aiuti di Stato ai SIEG, la Commissione ha (talvolta) travalicato i limiti del proprio ruolo, non limitandosi ad una "codificazione" della casistica esistente, ma fornendo una vera e propria "reinterpretazione" della giurisprudenza. La stessa introduzione di un'esenzione all'obbligo di notifica per aiuti di ammontare inferiore ad una certa soglia – dettata per lo più da necessità pratiche e di organizzazione del lavoro dei servizi della Commissione –, non è pienamente in linea con la giurisprudenza, in base alla quale anche gli aiuti di ammontare ridotto possono avere un effetto negativo sulla concorrenza. Infatti, pur in presenza di un mercato di riferimento limitato o locale non può escludersi *a priori* un impatto della misura di aiuto sul commercio intracomunitario.

Un altro punto dubbio della riforma riguarda l'inserimento di obiettivi di "elevata qualità" nella valutazione della compatibilità degli aiuti di importo più rilevante. Sebbene l'intento sia positivo e in linea con le recenti modifiche dei Trattati, non si tratta, infatti, di parametri immediatamente "fruibili" nel quadro di una valutazione della compatibilità degli aiuti. In altre parole, la discrezionalità tecnica della Commissione in materia di aiuti verrebbe a sovrapporsi con la competenza statale nel definire ed organizzare i servizi pubblici e pertanto un intervento in tal senso dovrebbe essere attentamente valutato e ponderato.

L'attività delle istituzioni dell'Unione tesa a liberalizzare determinati settori economici e a controllare la spesa pubblica e gli aiuti di Stato ha avuto effetti benefici per la concorrenza nel settore dei SIEG. Tale attività ha infatti posto fine a monopoli nazionali in importanti settori economici, realizzando le premesse per un'apertura del mercato. Attraverso le maglie del diritto della concorrenza, dunque, le istituzioni dell'Unione abbiano introdotto un "principio di efficienza" nella gestione dei SIEG, con l'obiettivo di migliorare la qualità della spesa pubblica e quindi con beneficio, ancorché indiretto, degli stessi cittadini-consumatori.

L'apertura dei mercati al settore privato, avvenuta con le liberalizzazioni, ha tuttavia mostrato che l'efficienza nell'erogazione di un servizio non può essere l'unico obiettivo perseguito, e comunque, che tale obiettivo non può essere raggiunto a scapito della qualità del servizio e dei diritti degli utenti. Con il Trattato di Amsterdam, l'Unione europea ha progressivamente dato maggiore spazio ai profili "sociali" sottesi ai servizi pubblici. Il Trattato di Lisbona ha, per un verso, ulteriormente accentuato questa tendenza, in particolare con il Protocollo sui servizi di interesse economico generale in cui è fatto esplicito richiamo all'obbligo di garantire agli utenti la qualità nel servizio. Per altro verso, invece, le modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona hanno voluto ribadire il ruolo fondamentale degli Stati membri nell'individuare, fornire ed organizzare i SIEG, quasi a prevenire future acquisizioni di competenze da parte dell'Unione.

Nelle pagine che precedono ho sostenuto che, anche sotto il profilo degli aspetti sociali dei SIEG, sarebbe auspicabile un ruolo più incisivo dell'Unione europea. Attualmente, infatti, l'azione dell'Unione resta più efficace nel quadro del diritto della concorrenza, anche perché la Commissione dispone di specifiche competenze e poteri decisionali. Va quindi criticata la tendenza, resa evidente dalle modifiche recentemente introdotte dal Trattato di Lisbona, a ribadire il ruolo fondamentale degli Stati membri in materia: difatti, tale ruolo non è mai stato messo in discussione; mentre il contributo dell'Unione favore di una maggiore tutela

di interessi non economici potrebbe portare un valore aggiunto ulteriore. Il contributo dell'Unione è – tra l'altro - già stato positivamente sperimentato in alcuni settori di interesse economico generale e dovrebbe quindi essere esteso ad altri ambiti.

Sebbene l'individuazione delle modalità concrete di un tale intervento si riveli complessa, all'adozione di una direttiva di carattere generale in materia di SIEG sembra preferibile, ad avviso di chi scrive, un approccio di tipo settoriale, poiché esso permetterebbe di specificare con maggiore dettaglio e chiarezza le obbligazioni dei poteri pubblici nei confronti dei consumatori-utenti. Una direttiva di carattere generale avrebbe invece una portata di armonizzazione minima, e renderebbe quindi molto più difficile – sia per gli Stati membri in sede di attuazione; sia per la Commissione nel quadro di una procedura di infrazione; sia, infine, per i giudici - specificare la portata concreta degli obblighi di protezione in essa delineati. L'alternativa di adottare una direttiva estesa a tutti i settori che sia al contempo dettagliata comporterebbe, analogamente a quanto si è già verificato nei settori armonizzati, una riduzione della competenza degli Stati, e ciò non sarebbe né auspicabile né in linea con i principi generali del diritto dell'Unione in materia. Per questo, sebbene l'estensione degli obblighi positivi in materia di servizi pubblici attraverso un'attività normativa dell'Unione sia auspicabile, tale estensione dovrebbe continuare ad essere attuata attraverso un approccio settoriale.

Bibliografia

Monografie

- ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010;
- ADINOLFI, DANIELE, NASCIMBENE, AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007;
- BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2008;
- BARUFFI, *Articolo 86*, in F. POCAR (a cura di) *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2011;
- BARUFFI (a cura di), *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?*, Padova, 2006
- BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001;
- BIN, PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010;
- BIONDI, P. EECKOUT, J. FLYNN, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004;
- BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Témoignages et commentaires*, Parigi, 2001;
- BUENDIA SERRA, *Exclusive rights and State monopolies under EC law*, Oxford, 2000;
- CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2009;
- CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza limitata: profili interni, comunitari ed internazionali*, Napoli, 2010;
- CHAMBERS, DAVIES, MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2010;
- CHEVALLIER, *Le service public*, Parigi, 2005 ;
- COLLIARD, *Le régime des entreprises publiques*, Bruxelles, 1969;
- COSTAMAGNA, *Servizi socio-sanitari. Concorrenza e Libera circolazione dei servizi nel diritto dell'Unione*, Napoli, 2009;
- DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo: libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Milano, 2006;

DANIELE, AMADEO, SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Milano, 2003;

DONY, BARTHOLOME, *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruxelles, 1999;

DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale, Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Milano, 2009;

FRIGNANI, WAELBROEK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996;

GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010;

GISCARD D'ESTAING, *La Constitution pour l'Europe*, Parigi, 2003 ;

HUGH, RAY, *Microeconomics*, Prentice Hall, 2004.

IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009;

KRAJEWSKI, NEERGAARD, VANN DE GRONDEN (a cura di), *The changing legal framework for services of general interest in Europe: between competition and solidarity*, L'Aia, 2009;

LOUIS, RODRIGUES, *Les services d'interet économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, 2006;

MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo. Norme e funzionamento*, Torino, 1990;

MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza nell'Unione europea*, Napoli, 2004;

NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005;

NASCIMBENE, *Unione Europea – Trattati – L'Europa in movimento*, Torino, 2010;

NEUNREITHER, WIENER (a cura di), *European Integration After Amsterdam. Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*, Oxford, 2000;

PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001;

PAPACOSTANTINOU, *Free trade and competition policy in the EEC. Law, policy and practice*, Londra, 1988;

PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007;

PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005;

PIRIS, *The Lisbon Treaty - A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010;

PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli 2001;

RABITTI BEDOGNI, BARUCCI (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010;

RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni: un modello di liberalizzazione di servizio pubblico*, Torino, 1999;

RADICATI DI BROZOLO, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001;

RAGIONIERI, MARESCA (a cura di), *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, 2006;

REVIGLIO, *La spesa pubblica. Conoscerla e riformarla*, Venezia, 2007;

ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006;

ROSSI (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, 2004;

ROSSI DAL POZZO, *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Milano, 2008;

SANTANIELLO, *Il mercato unico europeo*, Bologna, 2000;

SAUTER, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, Tilburg, 2008;

SAUTER, SCHEPEL, *State and market in European Union law*, Cambridge, 2009;

STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2009;

STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, Torino, 2010;

SZYSZCAK (a cura di), *Developments in Services of general economic interest*, L'Aia, 2011;

TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010;

TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998;

TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009;

TOSATO, BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004.

Articoli e note a sentenza

ACIERNO, BAQUERO CRUZ, *La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 2004, p. 169 ss.;

ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 885 ss.;

AJELLO, *Le golden shares nell'ordinamenro comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e <<pregiudiziale>> nei confronti dei soggetti pubblici*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 811 ss.;

ALEMANNI, *Aiuti di Stato*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2006, pp. 197-198;

ALEXIS, *L'arret Altmark Trans du 24 juillet 2003: la Cour de justice precise les conditions de financement des services d'intérêt économique général*, in *Competition Policy Newsletter*, 2003, n. 3, p. 1 ss.;

AMADEO, *L'obbligo di notifica e le conseguenze della mancata notifica dei nuovi aiuti alla luce del regolamento n. 659/99 e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in DANIELE, AMADEO, SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Milano, 2003, p. 27 ss.;

ANTONUCCI, *La nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria ed italiana*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 569 ss.;

BALESTRERI, *Monopoli legali nei c.d. settori esclusi: rispetto delle prerogative degli stati membri o tutela effettiva della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1993, p. 482 ss.;

BALLESTER, *Services économiques d'intérêt général. Arrêt "Altmark Trans GmbH"*, in *RDUE*, 2003, p. 755 ss.;

BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 21 ss.;

BARTOSCH, *Why did the Court of Justice respond in Ferring?*, in *ESTAL*, 2002, p. 1 ss.;

BARTOSCH, *Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark - Worin liegt das Neue?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, p. 295 ss.;

BASEDOW, *Das Sozialmodell von Lissabon: Solidarität statt Wettbewerb?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, p. 225 ss.;

BERGH, *The Chronopost Saga Continues: The Battle about the Concept of Cross-Subsidies in the Field of State aid has entered its 17th Year*, in *ESTAL*, 2009, p. 299 ss.;

BESTAGNO, *Il controllo comunitario degli aiuti di Stato nel recente regolamento di procedura*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 339 ss.;

BIONDI, *BUPA v. Commission*, in *ESTAL*, 2008, p. 401 ss.;

BRACQ, *Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente (à propos de la décision CJCE 24 juill. 2003, Altmark Trans GmbH, aff. C-280/00)*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2004, p. 33 ss.;

BROTHWOOD, *The Court of Justice on Article 90 of the EEC Treaty*, in *CMLR*, 1983, p.335;

BRUSCO, *Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 226 ss.;

BUENDIA SERRA, *Finding the Right Balance: State Aid and Services of general economic Interest*, in AA.VV., *EC State Aid Law – Le droit des aides d'Etat dans la CE - Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, Kluwer*, 2008, p. 191 ss.;

BUENDIA SERRA, MUNOZ DE JUAN, *Some legal reflections on the Almunia Package*, in *ESTAL*, 2012, p. 63 ss.;

BULTRINI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: dopo Lisbona potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 700 ss.;

CAGGIANO, *Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 61 ss.;

CAGGIANO, *Il coordinamento comunitario delle politiche nazionali per la creazione del modello sociale europeo*, in AAVV, *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 909 ss.;

CANNIZZARO, *La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, p. 1 ss.;

CANNIZZARO, BARTOLINI, *Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon-Urteil*, in *Dir. Un. eur.*; 2010, p. 1 ss.;

CAPANTINI, *Attività amministrative private nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, p. 71 ss.;

CARBONE, *Golden share e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale*, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 503 ss.;

CARBONE, MUNARI, *La legge italiana di riforma dei porti ed il diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 367 ss.;

CARTA, FRATINI, *Chronopost c. UFEX: la Corte di Giustizia UE e le "relazioni pericolose" fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 374 ss.;

CARTA, *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 771 ss.;

CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1219 ss.;

CARTOU, *Le secteur public et le droit communautaire*, in *Les petites affiches*, 1993, n° 49, p. 20 ss.;

CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, p. 1003 ss.;

CASSINIS, *Diritti speciali ed esclusivi e diritto della concorrenza*, in FRIGNANI, PARDOLESI (a cura di), *La Concorrenza*, in AJANI, BENACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, VII, Torino, 2006, p. 245 ss.;

CARTEI, *I Servizi di interesse economico generale*, in AAVV, *Trattato di diritto amministrativo, Parte Speciale*, diretto da CHITI, GRECO, Milano, 2000, p. 1222 ss.;

CASTILLO DE LA TORRE, *Rights of defense of Member States and undertakings*, in *European Law Review*, 1992, p. 539 ss.;

CHAMINADE, *La notion d'obligation de service public en droit communautaire*, in *La semaine juridique*, 2006, p. 1991 ss.;

CHEROT, DERENNE, STROMSKY, *La Commission européenne publie les textes qui constituent le paquet "Post-Altmark" pour l'évaluation des compensations de service public*, in *Concurrences*, n. 1, 2012, p. 156 ss.;

CHEROT, *Le TPICE se prononce sur la portée de la jurisprudence Altmark*, in *Concurrences*, n. 2, 2008, p. 144 ss.;

CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, p. 453 ss.;

CLERGERIE, *La légalité d'une contrepartie d'obligation de service public*, in *Recueil Dalloz*, 2003, *Jur.*, p.2814 ss.;

COPPI, *SGEI Compensation in the Almunia Package – An Economics View*, in *ESTAL*, n. 2, 2012, p. 37 ss.; p. 50 ss.;

CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, p. 19 ss.;

CRAIG, *Constitutional Process and Reform in the EU: Nice, Laeken, the Convention and the ICG*, in *European Public Law*, 2004, p. 653 ss.

CRAIG, *The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance*, in *European Law Review*, 2008, p. 137 ss

CHAVRIER, *Article 86 (ex article 90)*, in P. LEGER (a cura di) *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Bruxelles, 2000, p. 768 ss.;

CONETTI, *Sulla natura giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2003, Napoli, 2004, p. 1899 ss.;

CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in ROSSI (a cura di) *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002;

CORAPI, DE DONNO, *L'impresa* in TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Trattato di diritto privato a cura di BESSONE, vol. XXVI, t. II, Torino, 2006, p. 1202 ss.;

D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 398 ss.;

DAVIES, *Article 86, the economic approach to competition law, and the general interest*, in *World Competition*, 2009, p. 549 ss.;

DE BEYS, *Altmark: un arrêt qui ne règle rien*, in *Journ. tribunaux*, 2004, n° 105, p. 10 ss.;

DE BURCA, *The principle of proportionality and its application in EC law*, in *YEL*, 1993, p. 113 ss.;

DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden share: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 861 ss.;

DEMURO, *La necessaria oggettività per i poteri previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 640 ss.;

DERENNE, *Service d'intérêt économique général (SIEG): Le Tribunal valide, en vertu de l'article 86, paragraphe 2, CE, un régime d'aides et juge qu'un appel d'offres ne doit pas nécessairement être suivi pour l'attribution d'un SIEG*, in *Concurrences*, n. 3, 2005, p. 113 ss. ;

DE SCHUTTER, *L'accès aux services économiques d'intérêt général: un nouvel instrument de promotion des droits économiques et sociaux dans le cadre du marché intérieur - résumé de l'intervention d'Olivier De Schutter*, in *Les Services publics en Europe. Académie de droit européen - Trèves*, 24-25 janvier 2002. *Documentation de base*, p. 42 ss.;

DIBUT, *Article 90*, in COSTANTINESCO, JACQUE, KOVAR, SYMON (a cura di) *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Parigi, 1992, p. 4730 ss.;

DI COMITE, *La nozione di impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. ita*, 2004, p. 2028 ss.;

DI MAJO, *Articolo 86*, in FERRARI BRAVO, RIZZO (a cura di), *Codice dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 373 ss.;

DI PAOLO, *Concentrazioni nel settore delle telecomunicazioni e Trattato CEE*, in *Riv. dir. int.*, 1987, p.573 ss.;

DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts*, in *CMLR*, 2008, p. 617 ss.

DRIGUEZ, *Compensations d'obligations de service public*, in *Europe*, aprile 2008, p. 24 ss.;

DUPERON, *Le régime des services publics en droit communautaire: des précisions apportées par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Petites affiches*, 2003, n° 229, p. 6 e ss.;

DUTHIEL DE LA ROCHERE, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?* in *Rev. marché comm. Un. eur.*, 2000, p. 674 ss.;

EDWARD, HOSKINS, *Article 90: Deregulation and EC law: Reflections arising from the XVI FIDE conference*, in *CMLR*, 1995, p. 173 ss.;

ECKHOUT, *The EU Charter of fundamental rights and the Federal question*, in *CMLR*, 2002, p. 945 ss.;

EHLERMANN, *Managing monopolies: the role of the State in controlling market dominance in the European Community*, in *ECLR*, 1993, p. 65 ss.;

FATTORI, *Monopoli pubblici e art. 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato, Concorrenza, regole*, 1999, p. 137 ss.;

FAVRET, *Le Traité d'Amsterdam: une révision à minima de la "Charte constitutionnelle" de l'Union européenne*, in *Cahiers dr. eur.*, 1997, p. 577 ss.;

FLYNN, *Competition Policy and Public Services in EC Law after the Maastricht and Amsterdam Treaties*, in TWOMEY, O'KEFFE (a cura di), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, p. 185 ss.;

FRATINI, FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p.1183 ss.;

FRIGNANI, PARDOLESI, *Le fonti del diritto della concorrenza nella CE*, in *La Concorrenza, Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* a cura di AJANI- BENACCHIO, VII, Torino, 2006, p. 7 ss.;

FRISON-ROCHE, *The French postal and telecommunications regulator (ARCEP) fines universal postal service provider for not providing an affordable service for the shipment of low-value objects weighing less than two kilograms*, in *Concurrences*, Dicembre 2011;

GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 221 ss.;

GARDELLA, *Articolo 86*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e delle Comunità europee*, Milano, 2004, p. 577 ss.;

GARDNER, *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the free market in Europe's Regulated Sectors*, in *European Competition law rev.*, 1995, p. 85 ss.;

GÉRADIN, *Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework*, in *ESTAL*, 2012, p. 51 ss.;

GERARD, *Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour le concept de service d'intérêt général*, in *ERA-Forum*, 2002, p. 158 ss. ;

GHELARDUCCI, *I diritti speciali ed esclusivi nell'ordinamento comunitario: problemi definitivi e tendenze evolutive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 816 ss.;

GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 147 ss.;

GOLDSMITH, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *CMLR*, 2001, p. 1201 ss.;

GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 427 ss.;

GOZI, *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'Unione e*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 917 ss.;

GRESPLAN, *Services of general economic interest*, in MEDERER, PESARESI, VAN HOOFF (a cura di), *State Aid*, in *Competition Law*, Leuven, 2008, p. 1123 ss.;

GYSELEN, *Public Service and EU Competition law. A delicate balance*, in *JECLP*, 2010;

HANCHER, *Article 90*, in *European Competition Law Review*, 1990, p. 35 ss.;

HANCHER, *Joined Cases C-46/90 and C-93/91, Procureur du Roi v. Lagache and others, Evrard; Case C-69/91, Ministère Public v. F. Decoster; Case C-92/91, Ministère Public v. Taillandier, judgments of the full Court, 27 October 1993*, in *CMLR*, 1994, p. 857 ss.;

HANCHER, BUENDIA SERRA, *Cross-subsidization in EC Law*, in *CMLR*, 1998, p. 901 ss.;

HANCHER, *Community, State and Market*, in CRAIG, DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, p. 730;

HANF, *L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt "Lisbonne" de la Court constitutionnelle fédérale*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, p. 642 ss. ;

HATZOPOULOS, *Current problems of Social Europe*, in *College of Europe Research Papers in Law*, n. 7, 2007;

HONORÉ, *Case T-442/03, SIC v. Commission*, in *ESTAL*, 2008, p. 761 ss.;

IDOT, *Un autre cas de contrôle des aides accordées à des transports maritimes*, in *Europe*, 2005, Août-Septembre, p. 28 ss. ;

IDOT, *Concurrence et services d'intérêt général. Bref Bilan des évolutions postérieurs au traité d'Amsterdam*, in LOUIS, RODRIGUES (a cura di), *Les Services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, 2006, p. 39 ss.;

IDOT, *Application des règles à l'organisation de compétitions sportives*, in *Europe*, 2008, n° 276, p. 28 ss. ;

JAASKINEN, *The New Rules on SGEI*, in *ESTAL*, 2011, p. 599 ss.;

JAEGER, *What is wrong with SGEI?* in *8th expert's Forum on new developments in European State aid law – Atti del convegno*, Bruxelles 10-11 giugno 2010;

JANSEN, *Services of general economic interest, State aid and public procurement*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2011, p. 139 ss.;

JENNERT, *Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, p. 425 ss.;

JOLIET, *Contribution à l'étude du régime des entreprises publiques dans la CEE*, in *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1965, p. 92 ss.;

JOURDAN, *La formation du concept de Service Public*, in *Rev. dr. pub.*, 1989, p. 89 ss.;

KAMARIS, *The Reform of EU State Aid Rules for Services of General Economic interest in Times of Austerity*, in *ECLR*, n. 2, 2012, p. 56 ss.;

KARPENSCHIF, *Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public? (À propos de l'arrêt de la CJCE, Altmark Trans du 24 juillet 2003)*, in *Petites affiches*, 2004, n° 64, p. 4 ss.;

KOTSCHY, *Arrêts "Stadt Halle", "Coname" et "Parking Brixen"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, p. 845 ss. ;

LAMBERTZ, HORNUNG, *State Aid Rules on Services of general Economic Interest: For the Committee of regions the Glass is half-full*, in *ESTAL*, 2012, p. 329 ss.;

LANE, *EC competition Law post-Lisbon: a matter of Protocol*, in *Views of European law from the mountain: liber amicorum Piet Jan Slot*, 2009, p. 167 ss.;

LENAERTS, DE SMIJTER, *A "Bill of Rights" for the European Union*, in *CMLR*, 2001, p. 273 ss.,

LEROY, *L'intérêt général comme régulateur des marchés*, in *Rev. Trim. dr. eur.*, 2001, p. 60 ss.;

LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, p. 1351 ss.;

LOUIS, VALLERY, *Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations*, in *World Competition*, 2004, p. 53 ss.;

LOUIS, *L'Union européenne après Lisbonne. Les problèmes d'une "transition"*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, p. 631 ss.

LUCARELLI, *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in BIFULCO, CARTABRIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001;

LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1009 ss.;

MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 790 ss.;

MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p.379 ss.;

MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, p. 441 ss.;

MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubb. com.* 2007, p. 113 ss.;

MATTERA RICIGLIANO, *L'arrêt "Terminaux de télécommunications" du 19 mars 1991: interprétation et mise en oeuvre des articles 30/36 et 90 du traité CEE*, in *RDMUE*, 1991, p.245 ss. ;

MENEGAZZI, *Osservazioni in tema di trasparenza nei finanziamenti statali alle imprese pubbliche*, in *Dir. com. scambi int.*, 1988, p.99 ss.;

MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per danni causati a singoli da violazioni del diritto comunitario: il caso Gabrielli*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p.617 ss.;

MEROLA, MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers dr. eur.*, 2003, p.639 ss.;

MEROLA, UBALDI, *The 2011 Almunia Package and the Challenges ahead: Are the New rules Flexible Enough to Fit the Wide Variety of SGEI?*, in *ESTAL*, 2012, p. 17 ss.;

MOAVERO MILANESI, *Imprese pubbliche e trasparenza delle relazioni finanziarie con gli Stati nella Comunità economica europea*, in *Riv. dir. ind.*, 1982, p. 265 ss.;

MOAVERO MILANESI, *I servizi di interesse economico generale*, in BESTAGNO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p. 89 ss.;

MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'art. 90 del Trattato*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1997, p. 664 ss.;

MUNARI, *Compagnie portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di Giustizia*, in *Dir. marittimo*, 1991, p.1129 ss.;

MUNARI, *Imprese pubbliche e servizi di interesse economico generale*, in TIZZANO (a cura di), *Diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, p. 1653 ss.;

MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, p. 39 ss.;

NAPOLITANO, *Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest*, in *European Public Law*, 2005, p. 565 ss.;

NASCIMBENE, *Quale strumento giuridico per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?* in *Giur. it.*, 2001, p. 659 ss.;

NASCIMBENE, *Norme nazionali sulle golden shares e diritto comunitario*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1017;

NICOLAIDES, *Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgment*, in *ECLR*, 2002, p. 313 ss.;

NICOLAIDES, *The Economics of Services of general economic interest*, in RIDELSKI (a cura di), *The EC State aid regime: Distortive Effects of State aid on Competition and Trade*, Londra, 2006, p. 575 ss.;

NICOLOSI, *Diritto di esclusiva sulle operazioni portuali: incompatibilità con la normativa del Trattato CEE*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2291 ss.;

OLIVER, ROTH, *The internal market and the Four Freedoms*, in *CMLR*, 2004, p. 407 ss.;

OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 25 ss.;

OPPO, *Pubblico e privato nelle imprese partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 157 ss.;

PAGE, *Transparency Directive Upheld*, in *ELR*, 1982, p.496 ss.;

PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in QUADRI, MONACO, TABUCCHI (a cura di) *Trattato istitutivo della Comunità europea. Commentario*, vol. II, Milano, 1965, p. 676 ss.;

PAPPALARDO, *Position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés*, in *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Collège d'Europe, Bruges, 1977, pag. 538 ss. ;

PAPPALARDO, *State measures and public undertakings: article 90 of the EEC Treaty revisited*, in *Eur. Comp. law rev.*, 1991, p. 29 ss.;

PAPPALARDO, *Monopoli addio?*, in *Europaforum*, 1991, p. 36 ss.;

PERNICE, *Multilateral Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam*, in *CMLR*, 1999, p. 703 ss.;

PETTIT, *Traité de Lisbonne et politique de concurrence: rupture?*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 53eme année, 2008, p. 265 ss.;

PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 137 ss.;

POIARES MADOURO, GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 503 ss.;

PONTIER, *Sur la conception française du service public*, in *Recueil Dalloz*, 1996, p. 9 ss.;

PONZANO, *Le traité de Lisbonne: l'Europe sort de sa crise institutionnelle*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2007, p. 569 ss. ;

PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai Servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, p. 633 ss.;

PROSSER, *Regulation and Social Solidarity*, in *Journal of Law and Society*, 2006, p. 378 ss.;

RANTALA, *Complainant's right to challenge the Commission's refusal to take measures under Article 86(3)*, in *E. L. Rep.*, 2002, p. 141 ss.;

REGNER, *Reform of the Legal Framework for Services of General Economic Interest: Where do we stand? What should a reform Look Like?* in *ESTAL*, 2011, p. 597 ss.;

RICCIOLI, *Sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra Stati membri, CEE e imprese pubbliche*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 137-139;

RIGHINI, *The reform of the State aid rules on financing of public services. Paving the way towards a Clearer, Simpler and more diversified Framework*, in *ESTAL*, 2012, p. 3 ss.;

RIZZA, *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted With the Operation of a Service of General Economic Interest: The Implications of the Forthcoming Altmark Judgment for Future State Aid Control Policy*, in *Columbia Journal of European Law*, 2003, p. 429 ss.;

RIZZA, *The financial assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest*, in BIONDI, EECKOUT, FLYNN, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004, pp. 79-80;

RODRIGUES, *Les services publics et le Traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet du nouvel article 16 du Traité CE*, in *RMCUE*, 1998, p. 37 ss.;

RODRIGUES, *Services publics et droit communautaire en 2001: de la régulation à l'évaluation*, in *Europe*, 2002, p. 5 ss.;

RODRIGUES, *Le TPICE apporte une nouvelle pierre à l'interprétation de l'article 86.2 CE notamment sous l'angle du partage des responsabilités et des compétences entre Etats membres et Communauté européenne à l'égard des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, in *Concurrences*, n. 2, 2008, p. 178 ss.;

RODRIGUES, *State Aids – SGEI: The European Commission adopts three of the four texts reforming the so-called “Altmark” package related to public service compensation and State aids granted to undertakings providing Services of General Economic Interest*, in *Concurrences*, n. 1, 2012, p. 218;

ROSS, *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *European Law Review*, 2000, p. 22 ss.;

ROSS, *The Europeanization of Public Services Supervision: Harnessing Competition and Citizenship?*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 303 ss.;

ROSS, *Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition?*, in *CMLR*, 2007, p. 1057 ss.;

ROSS, *A healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance*, in *European Law Review*, 2009, p.127 ss.;

ROSSI, *La Carta dei diritti fondamentali come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 565 ss.;

ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv.dir. int.*, 2009, p. 1016 ss.;

SACERDOTI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini?* in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2000, p. 1389 ss.;

SÁNCHEZ RYDELSKI, *Compensation for Discharging Public Service Obligations: State Aid or not State Aid? - That was the Question*, in *Eur. Law Reporter*, 2003, p.318 ss.;

SANTONASTASO, *La "saga" della golden share tra libertà di movimento dei capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 302 ss.;

SATTA, *Indirizzo politico, Autorità di Regolazione e Autorità Antitrust: Quale spazio e quali ruoli in un ordinamento fondato sul principio di libera concorrenza*, in RABITTI BEDOGNI, BARUCCI (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 247 ss.;

SAUTER, *The Altmark Package Mark II. New rules for State aid and the Compensation of Services of General Economic Interest*, in *European Competition Review*, 2012, p. 307 ss.;

SCARPA, *Trasparenza dei rapporti fra autorità pubbliche ed imprese pubbliche nell'ordinamento comunitario. Una garanzia per le libertà nella vita economica*, in *Giust. civ.*, 1983, p.1085 ss.;

SCHNELLE, *Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans*, in *ESTAL*, 2003, p.411 ss.;

SCOTT, *Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors*, in *European Law Journal*, 2000, p. 310 ss.;

SHAW, *Dominant Positions and Neighbouring Markets. Commercial Solvents applied to Broadcasting and Advertising Services*, in *EL Rev.*, 1987, p. 41 ss.;

SHAW, *A Healthy Monopoly for a Dying Trade?*, in *European Law Review*, 1988, p.422 ss.;

SHAW *Constitutional Settlements and the Citizen after the Treaty of Amsterdam*, in NEUNREITHER, WIENER (a cura di), *European Integration After Amsterdam. Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*, Oxford, 2000, p. 290 ss.;

SINNAEVE, *State Financing of Public Services: the Court's Dilemma in the Altmark case*, in *ESTAL*, 2003, p. 356 ss.;

SINNAEVE, *The Repost and Communication on Services of General Economic Interest: Stocktaking and Outlook for reform*, in *ESTAL*, 2011, p. 211 ss.;

SINNAEVE, *SGEI, Altmark and legal certainty*, in *9th State aid Experts' forum – Atti del convegno*, Bruxelles, 2011;

SKOURIS, *Les rapports entre la Cour de justice européenne et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 775 ss. ;

SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi*, in *Dir. com. scambi int.*, 2005, p. 693 ss.;

SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in *Dir. com. scambi int.*, 2007, p. 281 ss.;

SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1 ss.;

SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 283 ss.;

SPATTINI, *La "Golden share" "all'italiana": finalmente "presa sul serio dalla Corte di giustizia? La nuova (e forse perplessa) condanna della "Grundnorm" delle privatizzazioni sostanziali*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2009, p. 1599 ss.;

SPITZER, *Entrprise publique et droit communautaire de la concurrence: assimilation et spécificité*, in RAFFAELLI (a cura di) *Antitrust between EC law and national law*, Bruxelles - Milano, 1998, p. 401 ss. ;

STROZZI, *Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 229 ss.;

TAGARIELLO, *I monopoli di servizi di telecomunicazioni: cronaca di una fine annunciata. La sentenza della Corte di giustizia sulla direttiva "servizi di telecomunicazioni"*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, p.769;

TAYLOR, *Article 90 and Telecommunications Monopolies*, in *European Competition Law Review*, 1994, p. 322;

TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 del Trattato*, in *Dir. Un eur.*, 1996, p. 721 ss.;

THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgement of the German Constitutional Court*, in *CMLR*, 2009, p. 1795 ss.;

TIZZANO, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, p. 267 ss.;

TOSATO, *Il caso Telebiella*, in *I processi civili*, 1977, p. 285 ss.;

TOSATO, *Il processo di modernizzazione*, in TOSATO, BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004, p. 28 ss.;

TOSATO, *The Vertical Distribution of Competences in the EU Draft Constitutional Text*, in *The International Spectator*, 2003, p. 43 ss.;

TOSATO, *Pubblicità televisiva e norme comunitarie*, in *La Comunità Internazionale*, 1977, p. 5 ss.;

TRAVERS, *Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark?*, in *ESTAL*, 2003, p.387 ss.;

TRIANTAFYLLOU, *Evolutions de la notion de concession de service public sous l'influence du droit communautaire. A l'occasion de l'arrêt du 12/12/96 de la CJCE, British Telecom (Aff. C-302/94)*, in *Rev. marché commun et de l'Union européenne*, 1997, p. 558 ss.;

TRIGGIANI, *Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 9 ss.;

TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozioni e principi*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2008, p. 1063 ss.;

UBERTAZZI, *Televisione e diritto comunitario "antitrust"*, in *Riv. dir. commerciale*, 1987, p. 306 ss.;

VAN VLIET, *State resources and Preussen Elektra: when is a State aid not a State aid?*, in *AAVV, EC State aid law*, p. 65 ss.;

VILLANI, *Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 76 ss.;

VOCI, *La sentenza della Corte di giustizia della CEE in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stato e imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1983, p.1137 ss.;

WAELEBROEK, *La place de la concurrence dans le Traité de Lisbonne*, in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, 2008, p. 829 ss.;

WERNER, QUANTE, *Altmark Trans: Wendepunkt im Beihilfenrecht der nationalen Daseinsvorsorge?*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2004, p. 83 ss.;

WINKLER, SUBIOTTO, *European Control of Monopolistic Utilities: France v. Commission*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 1991, p.212 ss.;

WRIGHT, *What is wrong with SGEI? In 8th expert's Forum on new developments in European State aid law – Atti del convegno, Bruxelles 10-11 giugno 2010*, p. 39;

ZANELLI, *Servizio pubblico e sentenza Altmark*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 175 ss.;

ZOPPINI, ANGELONI, *Misure di Stato (art. 106 TFUE)*, in CATRICALÀ, TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, Milano, 2010, p. 178 ss.