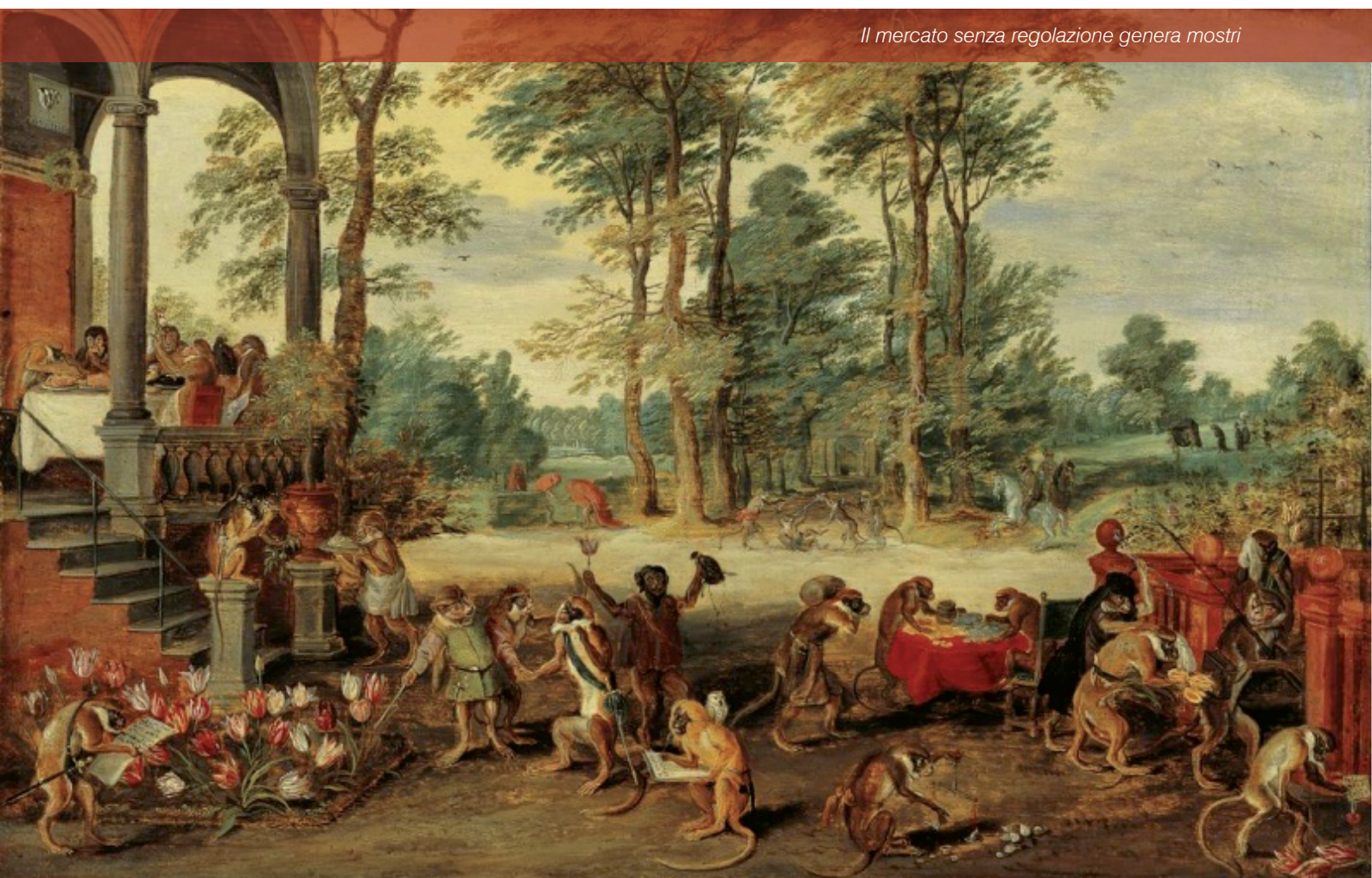


Fascicolo **1** | 2021

RIVISTA DELLA

Regolazione dei **mercati**

Il mercato senza regolazione genera mostri



INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1 | 2021

Rivista registrata presso
il Tribunale di Torino
aut. n. 31 del 25 ottobre 2013

Direttori

Laura Ammannati
Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile
Margherita Ramajoli

Comitato direttivo

C. Buzzacchi, E. Chiti, M. Clarich,
U. Filotto, D. Gallo, F. Ghezzi,
B. Marchetti, M. Passalacqua,
C. Scarpa, C. Schepisi, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno, C. Barbatì,
Luigi A. Bianchi, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella, S. Cassese,
R. Cavallo Perin, G. Della Cananea,
G. De Nova, D. de Pretis, E. Ferrari,
G.F. Ferrari, M. Libertini, M. Maresca,
G. Morbidelli, G. Napolitano, G. Olivieri,
M. Orlandi, A. Pericu, G. Pericu,
A. Police, G.M. Racca, M. Renna,
M.A. Sandulli, F. Scarpelli, F. Sclafani,
M. Sica, M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

L. Belviso, A. Candido, V. Gioffré,
Simone Lucattini, A. Marra (coordinatore)

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

Editoriale

L'Unione Europea e l'insostenibile leggerezza del Web

di *Andrea Renda*

3

SAGGI

Problematiche giuridiche delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas

di *Auretta Benedetti*

12

La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche

di *Daniele Gallo*

26

Golden powers e banche nella prospettiva del diritto dell'economia

di *Andrea Sacco Ginevri*

55

Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario

di *Chiara Muraca*

70

La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale

di *Andrea Pisaneschi*

92

Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel "comune interesse europeo"

di *Cristina Schepisi*

110

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito

di *Francesco Sclafani*

148

COMMENTI

Tax rulings e concorrenza fiscale tra ordinamenti: l'incerta qualificazione del vantaggio selettivo nel caso Irlanda/Apple

di *Camilla Buzzacchi*

170

La gestione dei rifiuti tra emergenza ambientale, emergenza sanitaria e regolazione: le Linee guida della Commissione europea

di *Valeria Capuano e Flavia Rolando*

189

La regolazione del servizio postale nel difficile rapporto tra regole di mercato e garanzia della coesione sociale

di *Gaia Colombo*

206

RECENSIONI

Frank Pasquale, *New Laws of Robotics. Defending Human Expertise in the Age of AI*, *The Belknap Press of Harvard University Press*, Cambridge, Massachusetts & London, England, 2020, p. 313 224

di *Laura Ammannati*

R. Rajan, *The Third Pillar: How Markets and the State Leave the Community Behind*, *Penguin Press*, 2019, p. 464, trad. it. a cura di *Matteo Vegetti*, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata da Stato e mercati*, *Egea*, 2019, p. 531 230

di *Tamara Favaro*

Inoltre, con specifico riferimento alla responsabilità sociale d'impresa, se si considera che la tesi sostenuta è quella di un'integrazione osmotica tra i tre pilastri, nonché l'ampio spazio dedicato, nell'analisi storicistica, alla ricostruzione delle teorie economiche atte a giustificare il principio della massimizzazione dello *shareholder value*, o, ancora, il crescente dibattito dottrinale ed economico che attualmente caratterizza la materia, appare un po' troppo superficiale la conclusione con cui l'Autore liquida il tema. Si limita infatti a riconoscere che "la responsabilità sociale *più ampia* dovrebbe essere lasciata allo Stato e alla comunità (...); l'unica eccezione sono le aziende che operano in una società in cui Stato e comunità sono completamente disfunzionali" (corsivo aggiunto). Ciò in quanto "*gravare eccessivamente* le grandi imprese di compiti che in realtà dovrebbero essere svolti dalla comunità e dallo Stato garantisce che non svolgano adeguatamente alcuni di questi compiti" (corsivo aggiunto). È evidente che, posta in questi termini, tale conclusione è ineccepibile: tuttavia, essa poco aggiunge al dibattito in materia, essendo ben altri gli aspetti che vengono in rilievo, *in primis* la necessità di "responsabilizzare" gli azionisti e, quindi, gli investitori istituzionali, attraverso l'imposizione di regole in capo agli stessi, prevedendo per via legislativa l'assunzione obbligatoria di impegni (F. DENOZZA, *Lo scopo della società: dall'organizzazione al mercato*, in *Orizzonti di Diritto Commerciale*, fasc. 3, 2019, pp. 615-626 e in particolare p. 617).

Anche con riferimento al ruolo del diritto antitrust l'Autore sembra trascurare del tutto come, negli ultimi tempi e proprio alla luce delle criticità connesse alla crescente affermazione delle piattaforme digitali, la letteratura economica e la dottrina giuridica siano tornate a interrogarsi sulla possibilità di attribuire all'intervento antitrust non solo il compito di tutelare i tipici valori dell'efficienza economica, secondo il modello tradizionale, bensì anche quello di contribuire a una maggiore giustizia sociale. Detto altrimenti, le norme in materia di concorrenza non perseguirebbero unicamente gli ideali della democrazia economica, ma anche quelli della democrazia politica (M. D'ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 2, 2020, p. 235), su cui il volume dedica particolare attenzione.

In altre parole, sebbene sia ormai riconosciuto come l'applicazione delle regole di concorrenza possa anche contribuire ad attenuare disuguaglianze e ingiustizie sociali, l'opera relega tale funzione alla politica, riconducendo espressamente i rapporti tra mercati e democrazia unicamente all'esercizio dell'elettorato attivo (cap. III e IV), senza richiamare il possibile ruolo che può essere svolto in tal senso dalla regolazione.

Ancora, vale la pena di sottolineare – seppur si tratti in questo caso di sviluppi normativi estremamente recenti, di cui l'opera non poteva tener conto – come, sia negli Stati Uniti sia in Europa, la regolazione *ex ante* e la normativa in materia antitrust stiano cercando di circoscrivere il potere di mercato delle maggiori piattaforme digitali. Si pensi in particolare alle proposte legislative presentate dalla Commissione europea nel dicembre 2020 relative al c.d. "*Digital Markets Act*" e al c.d. "*Digital Services Act*", facenti parte della Strategia Digitale Europea "*Shaping Europe's Digital Future*", o al *Competition and Anti-trust Law Enforcement Reform Act of 2021* recentemente presentato negli Stati Uniti: l'obiettivo è proprio quello di impedire ai *big players* di "cambiare o usare a proprio vantaggio le regole del gioco", secondo l'adagio ben descritto dall'Autore.

In conclusione, sarebbe auspicabile che il legislatore, attualmente impe-

gnato a ridefinire il confine tra regolazione *ex ante* e disciplina antitrust nel complesso mercato delle piattaforme digitali, iniziasse a considerare in tal senso anche le potenzialità insite in queste tecnologie, offrendo così una nuova alternativa rispetto alla tradizionale definizione verticistica delle regole nel mercato, secondo la prospettiva offerta da Rajan.

In ultima analisi, ciò consentirebbe di favorire un nuovo bilanciamento tra le dinamiche del mercato e l'intervento dello Stato, fornendo un'inedita soluzione alla loro tensione e incidendo sul noto schema autorità-libertà attraverso il riconoscimento di un innovativo ruolo in capo alla comunità per mezzo delle tecnologie digitali. Questo *empowerment* costringerebbe "ognuno a prendersi una parte delle responsabilità".

di Tamara Favaro

INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1 | 2021

Rivista registrata presso
il Tribunale di Torino
aut. n. 31 del 25 ottobre 2013

Direttori

Laura Ammannati
Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile
Margherita Ramajoli

Comitato direttivo

C. Buzzacchi, E. Chiti, M. Clarich,
U. Filotto, D. Gallo, F. Ghezzi,
B. Marchetti, M. Passalacqua,
C. Scarpa, C. Schepisi, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno, C. Barbatì,
Luigi A. Bianchi, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella, S. Cassese,
R. Cavallo Perin, G. Della Cananea,
G. De Nova, D. de Pretis, E. Ferrari,
G.F. Ferrari, M. Libertini, M. Maresca,
G. Morbidelli, G. Napolitano, G. Olivieri,
M. Orlandi, A. Pericu, G. Pericu,
A. Police, G.M. Racca, M. Renna,
M.A. Sandulli, F. Scarpelli, F. Sclafani,
M. Sica, M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

L. Belviso, A. Candido, V. Gioffré,
Simone Lucattini, A. Marra (coordinatore)

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

Editoriale

L'Unione Europea e l'insostenibile leggerezza del Web

di *Andrea Renda*

3

SAGGI

Problematiche giuridiche delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas

di *Auretta Benedetti*

12

La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche

di *Daniele Gallo*

26

Golden powers e banche nella prospettiva del diritto dell'economia

di *Andrea Sacco Ginevri*

55

Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario

di *Chiara Muraca*

70

La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale

di *Andrea Pisaneschi*

92

Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel "comune interesse europeo"

di *Cristina Schepisi*

110

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito

di *Francesco Sclafani*

148

COMMENTI

Tax rulings e concorrenza fiscale tra ordinamenti: l'incerta qualificazione del vantaggio selettivo nel caso Irlanda/Apple

di *Camilla Buzzacchi*

170

La gestione dei rifiuti tra emergenza ambientale, emergenza sanitaria e regolazione: le Linee guida della Commissione europea

di *Valeria Capuano e Flavia Rolando*

189

La regolazione del servizio postale nel difficile rapporto tra regole di mercato e garanzia della coesione sociale

di *Gaia Colombo*

206

RECENSIONI

Frank Pasquale, *New Laws of Robotics. Defending Human Expertise in the Age of AI*, *The Belknap Press of Harvard University Press*, Cambridge, Massachusetts & London, England, 2020, p. 313 224

di *Laura Ammannati*

R. Rajan, *The Third Pillar: How Markets and the State Leave the Community Behind*, *Penguin Press*, 2019, p. 464, trad. it. a cura di *Matteo Vegetti*, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata da Stato e mercati*, *Egea*, 2019, p. 531 230

di *Tamara Favaro*



EDITORIALE

L'Unione europea e l'insostenibile leggerezza del Web

The European Union and the unbearable lightness of cyberspace

di **Andrea Renda***

Parole Chiave: Economia digitale – Mercato unico – Intelligenza artificiale – Strategia europea dei dati – Piattaforme digitali – Antitrust – Regolamentazione delle tecnologie emergenti

Key Words: *Digital economy – Cyber policy – Single Market – Artificial intelligence – EU Data strategy – Digital platforms regulation – Regulation of emerging technologies*

SOMMARIO: 1. Il paradosso del Web: come può l'economia più insostenibile contribuire a un'Europa più sostenibile? – 2. Dai codici del diritto ai codici software: verso una via europea al cibernazio.

1. Il paradosso del Web: come può l'economia più insostenibile contribuire a un'Europa più sostenibile?

A un quarto di secolo dal suo silenzioso e graduale ingresso nella vita quotidiana dei cittadini, il World Wide Web appare oggi come una fortezza inespugnabile, e in effetti appena scalfita, dalle maglie del diritto e della politica pubblica. Una fortezza sospinta, nella sua forza e prominenza, dalla pandemia che ne ha accelerato la trasformazione da universo parallelo a punto di accesso quasi unico, e di sicuro imprescindibile, alla realtà circostante. L'aumento vertiginoso del traffico *online* offre oggi una risposta definitiva a coloro – in verità, sempre meno numerosi – che ancora facevano ostinata resistenza all'idea che la rete Internet fosse da considerarsi infrastruttura critica, al pari della rete energetica, del sistema bancario e della filiera agroalimentare; e che l'accesso a questa “rete di reti” dovesse configurarsi come diritto costituzionalmente garantito, da perseguirsi con grado massimo di priorità per evitare di discriminare porzioni di territorio e popolazione, in spregio del moderno motto *leave no one behind*, tanto cari ai cultori dello sviluppo sostenibile¹.

* Professore di Politiche per il Digitale, School of Transnational Governance, Istituto Universitario Europeo; Senior Research Fellow e Head of Global Governance, Regulation, Innovation and the Digital Economy, Centre for European Policy Studies.

¹ L'idea dell'accesso a Internet come diritto costituzionalmente garantito può farsi risalire, nell'elaborazione nazionale (ma anche internazionale), al contributo e all'iniziativa di Stefano

All'economia digitale, e ancor più ai colossi che la dominano, facciamo dunque appello oggi per proteggere le nostre democrazie martoriate dal populismo e dalla disinformazione, nonché per sostenere e rilanciare la nostra economia, rivitalizzare i nostri rapporti sociali affievoliti dall'era del *lockdown*, avviare la trasformazione del nostro sistema economico verso nuovi lidi di resilienza e sostenibilità. Alla transizione "gemella", verde e digitale, si affida ora l'Unione europea alla ricerca della ripresa resiliente e sostenibile². Parimenti il nuovo governo Draghi si affida in Italia a due ministeri di transizione, ecologica e digitale, per cercare affannosamente la via della risalita.

Eppure, è più che evidente che affidarsi oggi al "digitale" come taumaturgo delle storture e delle difficoltà del mondo al tempo della pandemia appare tentativo a dir poco acrobatico, se non paradossale. In effetti, mai come in questo momento l'universo digitale appare esempio paradigmatico di insostenibilità. Basta guardarsi indietro di qualche anno per scoprire che le magnifiche sorti e progressive dell'era di Internet sono rimaste in gran parte scritte in un libro dei sogni, alimentato quotidianamente da una retorica di *laissez faire* che sin dagli albori dell'era connessa ha relegato il legislatore a ruolo di spettatore di una vagheggiata era della "innovazione senza permesso" (retorica che oggi viene riproposta, in modo quasi inalterato, per l'era degli *smart contract* e delle *distributed ledger technologies*)³.

Il *cahier de doléances* è fitto. Innanzitutto, l'insostenibilità economica si nutre della straordinaria concentrazione del potere economico nelle mani di alcune entità, peraltro dotate di una *governance* nei fatti alternativa e ibrida rispetto a quella dell'impresa e a quella del mercato come teorizzate da accademici come Ronald Coase e Oliver Williamson. Le c.d. "piattaforme", in effetti, corrispondono ben poco alla nozione di impresa come contemplata dal nostro Codice Civile e dai suoi omologhi in Europa e nel mondo. Si tratta di soggetti in grado di catturare, grazie alla dinamica centripeta degli "effetti di rete", gran parte del valore generato dall'ecosistema digitale; eppure, allo stesso tempo in grado di esternalizzare quasi tutte le funzioni di impresa, incluso il monitoraggio della performance dei dipendenti, nonché la verifica del rispetto della normativa da parte dei prodotti e servizi che vi transitano, generando succulente opportunità pubblicitarie e forzieri di dati che, una volta aggregati, generano valore senza precedenti⁴.

Rodotà nell'ambito dell'*Internet Governance Forum* del 2010, poi culminata nel nostro Paese nella "Carta dei diritti di Internet" approvata nel 2015 all'unanimità dalla Camera dei Deputati. La proposta di Rodotà a livello nazionale implicava l'introduzione di un articolo "21-bis" nella Costituzione; soluzione ora ribadita da una proposta di disegno di legge di riforma costituzionale (prima firmataria Marianna Madia), che prevede l'introduzione dopo il sesto comma dell'art. 21 del seguente testo: "Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate tali da favorire la rimozione di ogni ostacolo di ordine economico e sociale".

² Sei veda, ad esempio, il discorso della Presidente Ursula Von der Leyen sullo "Stato dell'Unione" del 16 settembre 2020, nel quale si ribadisce che la Commissione punta a una "twin green and digital transition".

³ Cfr. tra gli altri, H. CHESBROUGH-M. VAN ALSTYNE, *Permissionless innovation*, Communications of the ACM, 58, 2015, pp. 24-26, 10.1145/2790832; V. CERF, *Keeping the internet open*, Communications of the ACM, 59, 2016, 7-7, 10.1145/2980762; e il contributo di Y. BENKLER, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006.

⁴ Cfr. R. COASE, *The Nature of the Firm*, Economica, 4, 1937, pp. 386-405. O.E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Anti-Trust Implications*, Free Press. Cfr. anche K. REIMERS-X. GUO-M. LI, *Beyond markets, hierarchies, and hybrids: an institutional perspective on IT-enabled two-sided markets*, Electron Markets, 29, 2019, pp. 287-305.

Come è noto ai più, le grandi piattaforme sono rimaste nel tempo scevre da responsabilità per molti dei rischi che la loro attività impone alla società, all'economia e all'ambiente, alla vita pubblica. La scelta di esonerare gli intermediari della Rete da qualsivoglia responsabilità relativa al contenuto e alle conseguenze del traffico da essi intermedio rispondeva inizialmente alla necessità di preservare la neutralità della Rete come *locus* di scambio libero di informazioni tra utenti, in modalità *end to end*. Oggi, però, il contesto è notevolmente mutato: la Rete (o almeno, la sua parte emergente) è nei fatti in mano a pochi soggetti che ne controllano i flussi informativi in modo assai ampio, governando l'attenzione degli utenti (di qui l'appellativo di "mercanti dell'attenzione") ed estraendone valore. Il risultato salta agli occhi: le *(two) trillion dollar companies*, ancor prima di vedere ulteriormente moltiplicato il loro valore in tempo di pandemia, pesano in modo così evidente da valore, da sole, più dell'intero mercato azionario europeo⁵. Già all'inizio del 2020, le *big tech* valevano duemila miliardi in più rispetto al settore dei media⁶. Tale concentrazione di valore in poche mani risulta insostenibile per tutti gli attori economici che vedono progressivamente aumentare la loro dipendenza dai giganti del Web, con conseguente perdita di valore a loro vantaggio (si pensi al pedaggio del 30% richiesto da Apple a tutti i soggetti che ne utilizzano la piattaforma)⁷.

Corollario di questa situazione è il deterioramento della capacità innovativa delle imprese di proporzioni inferiori, depredate progressivamente delle risorse necessarie a investire in ricerca e sviluppo, nonché frustrate nelle loro ambizioni da un contesto di mercato sempre meno premiante. Il problema della "cattura del valore", denunciato tra gli altri da Mariana Mazzucato, e divenuto nel tempo tema scottante sui tavoli politici più esclusivi e influenti, è divenuto inizialmente problema geopolitico (posto che le piattaforme sono essenzialmente statunitensi o cinesi), e quindi ancor più pervasivo, con gli stessi Stati Uniti e Cina alle prese con un problema di distribuzione interna del valore economico, al punto da iniziare anch'esse a metter mano a forme di regolazione più stringenti⁸.

Ma l'insostenibile leggerezza delle piattaforme digitali non si esaurisce con un semplice richiamo alla concentrazione del potere economico. Di là dal perimetro dei profitti e delle perdite, la precarietà e la svalutazione del lavoro umano

⁵ Si veda ad esempio T. WU, *The Attention Merchants. The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, Vintage Books, 2017. In effetti, i titoli FAANGS nel 2018 sono risultati essere determinanti a riportare in positivo valori di indici azionari che altrimenti sarebbero stati nettamente negativi. Cfr. anche J. POUND, *U.S. tech stocks are now worth more than the entire European stock market*, CNBC, 28 agosto 2020, al sito <https://www.cnn.com/2020/08/28/us-tech-stocks-are-now-worth-more-than-the-entire-european-stock-market.html>. E J. JOLLY, *Is big tech now just too big to stomach?*, The Guardian, 6 febbraio 2021, al sito <https://www.theguardian.com/business/2021/feb/06/is-big-tech-now-just-too-big-to-stomach>.

⁶ Cfr. G. BRIDGE, *Big Tech Is Now Worth \$2 Trillion More Than Media Sector*, 2020, al sito <https://variety.com/2020/biz/news/big-tech-is-now-worth-2-trillion-more-than-media-sector-1203456031/>.

⁷ Si veda l'avvio dell'istruttoria europea nel caso *Spotify v. Apple*, e il commento di D. GERADIN-D. KATSIFIS, *The Antitrust Case Against the Apple App Store*, al sito <https://ssrn.com/abstract=3583029>. Simile è la controversia tra Epic Games (produttore di videogame, tra cui il celebre *Fortnite*) e Apple, che dopo varie schermaglie è sfociata in un ricorso alla Commissione europea da parte di Epic Games il 17 febbraio 2021.

⁸ Cfr. M. MAZZUCATO, *The Value of Everything: Making and Taking in the Global Economy*, Public Affairs, 2018. Sullo stesso tema, con un approfondimento sui Paesi in via di sviluppo, un ampio rapporto è stato pubblicato nel 2019 dall'UNCTAD, *Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries*, Digital Economy Report 2019. Si veda anche D.J. TEECE-G. LINDEN, *Business models, value capture, and the digital enterprise*, J Org Design, 6, 2017, p. 8.

in un contesto sempre più algoritmico si affaccia come scenario distopico eppure quanto mai realistico. Un recente rapporto dell'ILO evidenzia in modo quanto mai scioccante il progressivo deteriorarsi delle condizioni dei lavoratori nelle piattaforme digitali, man mano che al diritto del lavoro viene sostituita una rete di contratti a breve termine, senza garanzie di sorta⁹. Per di più, il lavoro ai tempi dell'algoritmo porta a scenari apocalittici, con intere schiere di lavoratori dediti a istruire macchine che un giorno, grazie a questo servizio, potranno finalmente sostituirli (è il caso del *machine training*). A riprova di una situazione tanto precaria, basta osservare l'evoluzione del tasso di disoccupazione negli Usa all'inizio della pandemia: nel giro di tre settimane, le persone sotto sussidio di disoccupazione sono passate da circa 300.000 a 30 milioni, e la successiva ripresa non è mai riuscita a recuperare l'occupazione perduta¹⁰.

L'insostenibilità del ciberspazio ha anche risvolti ambientali, in particolare per quanto concerne il consumo energetico dei *data center* e dei moderni sistemi di *deep learning*, che per essere addestrati a dovere richiedono quantità immani di energia. Ancor più evidente è il caso di tecnologie di rete *peer-to-peer* che, per poter garantire la ridondanza dell'informazione, la sincronizzazione tra i nodi e complesse procedure crittografiche per la validazione delle transazioni, necessitano di quantità di energia sproporzionate (si pensi alla *blockchain*, che ad oggi si stima consumi più energia dell'intera Argentina)¹¹.

Si potrebbe andare avanti per molto, alla ricerca degli aspetti insostenibili dell'economia digitale. Da un lato, la cibersicurezza appare un miraggio, specialmente se si pensa all'ascesa dell'Internet delle Cose, che espone le reti alla minaccia di attacchi informatici rendendo la superficie d'attacco ogni giorno più densa e porosa. Dall'altro lato, le promesse di automazione del lavoro e la trasformazione delle catene del valore rischia di escludere interi paesi dall'economia globale, ancor più oggi che il *re-shoring* diviene prospettiva possibile e necessaria per ovviare al rischio-Paese indotto dalla pandemia. In questo contesto, il *digital divide* continua a penalizzare intere porzioni di territorio, anche all'interno della Ue e nel nostro Paese, potenzialmente configurando una *perte de chance* per tutti i cittadini che si ostinano a risiedere nelle zone meno "servite" dal digitale.

Infine, l'assenza di un controllo effettivo della *governance* della rete da parte delle istituzioni pubbliche comporta problemi sempre più evidenti anche per la stabilità del processo democratico. Chi si era stupito del caso *Cambridge Analytica*, affacciandosi per la prima volta sull'inquietante mondo degli esperimenti comportamentali che le reti sociali conducono ogni giorno su ignare masse di utenti, deve oggi arrendersi di fronte al diffondersi di pratiche algoritmiche di fatto senza responsabili, non solo nel settore privato ma anche nel governo. I recenti casi *SyRi* e *GladSaxe* in Europa e casi come quello dell'algoritmo *COMPAS* negli Stati Uniti mostrano che il rapporto tra amministrazione e cittadini ha raggiunto ormai il livello di guardia, e che i benefici potenziali del governo digitale necessitano di un vaglio attento del *modus operandi* dei nuovi sistemi¹².

⁹ Cfr. International Labour Organisation, *World Economic and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, febbraio 2021.

¹⁰ Cfr. US Congressional Research Service, *Unemployment Rates During the COVID-19 Pandemic: In Brief*, rapporto R46554, aggiornato al 12 gennaio 2021.

¹¹ Cfr. C. CRIDDLE, *Bitcoin consumes 'more electricity than Argentina'*, BBC News, 10 febbraio 2021, <https://www.bbc.com/news/technology-56012952>.

¹² Per un'analisi più ampia, si veda A. RENDA et al., *Study to Support an Impact Assessment*

Non si tratta, pertanto, di rivendicare la primazia della *governance* pubblica rispetto a quella privata (delle piattaforme): semmai, si tratta di comprendere che entrambi i versanti rischiano di precipitare la società in un abisso insostenibile, se non si dotano di strumenti di trasparenza, controllo democratico e *accountability*. E sebbene sia sicuramente vero che le tecnologie digitali, per loro caratteristica intrinseca, sono al tempo stesso fonte e soluzione del problema, ciò non toglie che il “libero” dispiegarsi delle forze di mercato sia stato sin qui garanzia di insostenibilità, più che volano di magnifiche sorti e progressive.

In questo continuo divenire, già estremizzato dalla pandemia, un simbolico punto di non ritorno è rappresentato dall’attacco al Campidoglio statunitense del gennaio di quest’anno, al quale ha fatto seguito la decisione unilaterale di Twitter e Facebook di bandire per sempre dalle proprie comunità l’allora Presidente degli Stati Uniti. In quella vicenda si ritrovano, uno ad uno, quasi tutti i capi di questo filo aggrovigliato: dalla manipolazione delle reti sociali a uso politico, all’assenza di piena responsabilità da parte degli intermediari, fino al trionfo della *governance* privata, senza che alcuno strumento giuridico potesse anche soltanto impensierire la condotta delle piattaforme di turno. Un crucio che da tempo disturba il sonno del legislatore europeo, e che ora inizia a impensierire anche i *policymaker* negli Stati Uniti, in Giappone e in Cina. O meglio, l’idea che nel nome della “innovazione senza permesso”, si sia legittimata anche la cattura del valore, il controllo del dibattito pubblico, e la sorveglianza senza permesso¹³.

2. Dai codici del diritto ai codici software: verso una via europea al ciberspazio

L’enfasi europea sul digitale come strumento salvifico nasconde dunque un bisogno d’azione, la necessità di piegare il ciberspazio alle esigenze di protezione dei principi e valori fondamentali del diritto europeo. Tanto più che ai problemi evidenziati in precedenza si aggiunge, per l’Europa, un’angolatura geopolitica, dovuta al fatto che nessuna delle piattaforme che dominano il Web è europea, ma tutte le piattaforme si nutrono dei dati e comportamenti degli utenti europei, catturandone interamente il valore. Il problema della *value capture* si tinge dunque di doppio significato, reclamando un intervento di redistribuzione abbinato a un tentativo teso a “rimpatriare” i dati nel Vecchio Continente, o quanto meno ad assicurarsi che i dati prodotti in futuro non lascino l’Europa per finire inesorabilmente nelle mani di soggetti stranieri.

La necessità di una via europea al digitale appare però tanto evidente quanto complessa da realizzare. L’iniziativa simbolo degli ultimi anni, il regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, ha senz’altro avuto il meri-

of Regulatory Requirements for Artificial Intelligence in Europe, Rapporto in corso di stampa per la Commissione europea, 2021, DG CONNECT.

¹³ Cfr. tra gli altri, S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power*, Public Affairs, 2019, p. 691. Si veda anche C. You, *Law and policy of platform economy in China*, Computer Law & Security Review, vol. 39, 2020 (la Cina ha poi reso note le linee guida per il trattamento delle piattaforme nella legislazione antitrust nazionale nel novembre 2020). Il Giappone ha adottato nel 2020 una legge sul miglioramento della trasparenza e dell’equità nelle pratiche commerciali di alcune specifiche piattaforme digitali che richiama da vicino il regolamento P2B europeo.

to di rilanciare il ruolo del soggetto pubblico nel governare il costante divenire del ciberspazio, ma ha anche dovuto alzare bandiera bianca di fronte alla capacità delle *big tech* di aggirare l'ostacolo. Ad oggi, il tasso di *compliance* delle imprese sembra attestarsi al di sotto del 30%, in particolare nel nostro Paese¹⁴; e anche ove i soggetti che elaborano dati s'ingegnino per rispettare i dettami del GDPR, il meccanismo che ne scaturisce appare poco orientato a un maggior controllo dei dati personali da parte dell'utente finale¹⁵. Così, mentre i legislatori di tutto il mondo, dal Brasile al Giappone e persino la California, si affrettano a copiare il GDPR come modello di regolazione digitale, ci si rende conto progressivamente che un approccio tradizionale alla regolamentazione, basato essenzialmente su un controllo *ex post* di condotte spesso quasi impossibili da osservare, non può che limitarsi a scalfire la superficie di un mondo che viaggia ad altri ritmi e con altre dinamiche.

Negli ultimi anni, pertanto, l'Unione europea ha gradualmente modificato la propria visione del mercato unico digitale, agendo su vari fronti e con diversi strumenti per "addomesticare" il ciberspazio alla necessità di protezione dei diritti fondamentali, alle esigenze del Green Deal, nonché all'ambizione europea di maggiore sovranità tecnologica e autonomia strategica.

Tra le traiettorie più evidenti a livello comunitario, le seguenti paiono particolarmente rilevanti da una prospettiva di diritto dell'economia. Innanzitutto, è evidente che l'Unione, spinta da alcuni stati membri, stia lavorando a una graduale e progressiva rivisitazione del campo di applicazione del diritto della concorrenza. La necessità di metter mano allo strumentario tradizionale del diritto antitrust era emersa già in epoca risalente, ad esempio durante gli anni del caso Microsoft statunitense e in seguito in quelli europei dell'era Monti¹⁶. Negli anni successivi, non i principi ma piuttosto gli strumenti utilizzati dal diritto della concorrenza si sono mostrati sempre meno efficaci e appropriati, perché costruiti in modo da attagliarsi a un'economia di mercato "analogica"¹⁷. Così, sia nel campo dell'abuso di posizione dominante che in quello del controllo delle concentrazioni, e persino in quello dei cartelli per l'emergere di forme di allineamento del tutto algoritmiche, il ruolo del diritto della concorrenza come strumento di promozione di un'economia dinamica e di massimizzazione del benessere sociale ha progressivamente perso smalto, determinando un cambiamento di direzione che – almeno in embrione – comincia ad affiorare in alcune nuove proposte a livello europeo. In particolare, dopo anni nei quali la DG COMP perseguiva l'armonizzazione "al ribasso" del diritto della concorrenza nazionale, attraverso l'eliminazione di normative sulla condotta unilaterale tanto diffuse a livello nazionale quanto prive di cittadinanza in quello dell'Unione, nell'ultimo lustro la necessità di flessibilizzare il diritto antitrust

¹⁴ Si veda il Rapporto del Capgemini Research Institute dal titolo, *Championing Data Protection and Privacy – a Source of Competitive Advantage in the Digital Century*, del 2019, che evidenzia che le aziende hanno aderito al regolamento più lentamente del previsto, citando come ostacoli la complessità dei requisiti normativi, i costi di implementazione e le sfide relative alle infrastrutture legacy. Secondo Capgemini, appena il 28% delle aziende intervistate era riuscito a soddisfare pienamente quanto richiesto dalla normativa a un anno dalla sua entrata in vigore.

¹⁵ Cfr. I. VAN OOIJEN-H.U. VRABEC, *Does the GDPR Enhance Consumers' Control over Personal Data? An Analysis from a Behavioural Perspective*, J Consum Policy, 42, 2019, pp. 91-107.

¹⁶ Cfr. R. PARDOLESI-A. RENDA, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, World Competition, vol. 27, issue 4, dicembre 2004.

¹⁷ Si veda lo studio per la Commissione europea di J. Crémer, H. SCHWEITZER-Y-A. DE MONTJOYE, *Competition Policy for the Digital Era*, Unione europea, 2019.

per catturare situazioni di dipendenza economica e abuso di posizione dominante “relativa” è emersa con forza¹⁸. Ciò ha determinato sia un’espansione del controllo *ex post* al di là del tradizionale perimetro antitrust (ad esempio, superando le strette maglie della definizione del mercato rilevante e persino l’evidenza di un abuso, come nella recente proposta di *Digital Markets Act*), sia una transizione dal controllo *ex post* verso forme di regolamentazione *ex ante* (si pensi al regolamento *Platform-to-Business* o P2B, e più recentemente la proposta di *Digital Services Act*)¹⁹. In questo mutato contesto, ai grandi soggetti della rete, definiti “guardiani” (*gatekeeper*) più che imprese dominanti, vengono attribuiti un ruolo e una responsabilità che in passato si riservava per le imprese superdominanti, o ancor meglio ai proprietari di infrastrutture o input essenziali, in ossequio alla *essential facilities doctrine*. Con un doppio risultato: da un lato, si inasprisce il regime di responsabilità degli intermediari digitali – come si è detto, un tempo esonerati da obblighi specifici – rispetto all’equità e alla trasparenza delle condizioni praticate sulle loro piattaforme; dall’altro, piuttosto che privilegiare la contendibilità del mercato, si cristallizza la posizione delle grandi imprese digitali come garanti di una sana concorrenza *intra-platform*, senza che ne derivi una vera pressione verso una struttura di mercato meno dominata dai *big tech*.

Una seconda tendenza che si ritiene di evidenziare è il graduale superamento del principio di neutralità della Rete, che si è tradotta sin qui in un’assenza di responsabilità degli intermediari per la condotta dei propri utenti. Man mano che la Rete diviene infrastruttura critica per l’economia e la società, il principio di neutralità (già ampiamente aggirato dalla Rete stessa) non risulta più facile da giustificare, a meno che non si accetti di creare un’immensa zona grigia all’interno del tracciato delle politiche pubbliche. Tale pressione, anche in questo caso, muove nella direzione di un maggior controllo sulle piattaforme digitali. Peraltro, mentre nel Regno Unito la riflessione avviata con il Libro Bianco sugli *Online Harms* ha portato a un’attribuzione di responsabilità più pervasiva in capo alle grandi piattaforme, la proposta di *Digital Services Act* mantiene, con molte eccezioni il principio di non-responsabilità già contenuto nella direttiva sul commercio elettronico, figlia di una generazione in cui l’intrusione degli intermediari nel contenuto scambiato dagli utenti si riteneva eretica ed eccentrica rispetto alla costituzione materiale del cyberspazio²⁰. Per altri versi, alle grandi piattaforme viene oggi chiesto di porre in essere misure molto più stringenti per assicurare il corretto e legittimo svolgimento delle relazioni sociali e della vita economica nel

¹⁸ Cfr. D. KALFF-A. Renda, *Hidden Treasures. Mapping Europe’s Sources of Competitive-ness Advantage in Doing Business*, CEPS. Si veda anche, con riferimento al precedente orientamento della Commissione – che mirava ad estendere all’art.102 la convergenza già prevista per l’art. 101 dal regolamento n. 1/2003 – A. RENDA *et al.*, *The impact of national rules on unilateral conduct that diverge from Article 102 TFUE*, Studio per la Commissione europea, 2012, DG COMP; e A. RENDA *et al.*, *Legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain*, Studio per la Commissione europea, 2014, DG MARKT.

¹⁹ Si fa riferimento al regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, G.U., L 186 dell’11 luglio 2019, pp. 57-79. E alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM(2020)842 final.

²⁰ Cfr. l’*Online Harms White Paper* britannico al sito <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/online-harms-white-paper>. E la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali), che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM(2020)825 final, 15 dicembre 2020.

contesto dei loro ecosistemi. Ciò include, per il momento, una vagheggiata possibilità di introdurre ispezioni sugli algoritmi utilizzati per profilare gli utenti e ordinare i risultati delle ricerche individuali – possibilità, peraltro, difficile da tradurre nella pratica data la scarsa disponibilità di competenze specifiche nelle autorità preposte al controllo. S'impone, da questo punto di vista, un ulteriore passo in avanti rispetto a quanto la Commissione europea sembra disposta a fare nel DSA, quanto meno per superare il “paradosso necessario” della legislazione europea in tema di piattaforme nell'ultimo decennio: quello di delegare agli stessi soggetti demonizzati dai *policy-maker* (i c.d. “GAFTAM”) l'applicazione algoritmica di norme di condotta assai delicate dal punto di vista dei diritti fondamentali, come quelle sullo *hate speech* o sulla protezione del diritto d'autore. Tale passo in avanti, come si dirà più diffusamente in chiusura, non può che contemplare forme tecnologiche di ispezione in tempo reale del funzionamento e comportamento degli algoritmi dispiegati dagli intermediari della rete. Allo stato, salvo quanto si dirà qui di seguito, le istituzioni comunitarie sembrano assai lontane dallo sviluppare questa visione *technology-enabled* del diritto e della sua applicazione concreta.

La terza traiettoria da rilevare è per l'appunto la necessità di proporre soluzioni tecnologiche che incorporino i dettami regolatori come caratteristiche di *design*. Il fallimento dei meccanismi tradizionali di applicazione della legge, dalle autorità regolatorie ai giudici, impone al legislatore uno sforzo di compatibilità, teso a parlare la stessa lingua della materia soggiacente ch'esso intende regolare. Pertanto, forme di regolamentazione algoritmica diventano pressoché inevitabili, con tutti i *caveat* del caso – se l'intelligenza artificiale erra nel settore privato, di certo può anche mandare il legislatore fuori traccia²¹. Da questo punto di vista, un esempio sfolgorante quanto ancora embrionale è il tentativo di contrapporre allo strapotere dei giganti del *cloud* non già un gigante europeo, quanto una nuvola “federata”, un coacervo di protocolli tecnici da applicare obbligatoriamente a chiunque voglia erogare servizi *cloud* in Europa, e tali da imporre l'ottemperanza alla regolazione europea – in *primis*, il GDPR – “*by design*”. In questo contesto, il diritto si fa tecnologia, i codici giuridici diventano codici informatici, le pandette si fanno interfacce²². Il principio, più che la sua implementazione, è molto semplice: basta ricordare quanto Lawrence Lessig anticipava in modo mirabile già alla metà degli anni Novanta – che cioè nel ciberspazio è l'architettura tecnologica a definire i limiti di ciò che è possibile (e percepito come lecito), e ciò che non lo è²³. E che il diritto può davvero influenzare la condotta degli utenti del ciberspazio solo ove si faccia *code*, permeando e contaminando la materia di cui sono fatti i *bit*. Il tentativo europeo sul *cloud* federato, basato sull'iniziativa franco-tedesca GAIA-X, promette dunque di rivoluzionare il diritto della rete, dando la stura a possibili future incursioni giuridiche nell'arbitrio tecnologico dei privati, ad esempio intervenendo per dare giurisdizione e direzione agli *smart contract*²⁴.

²¹ Per numerosi esempi, si veda A. RENDA *et al.*, *Study to Support an Impact Assessment of Regulatory Requirements for Artificial Intelligence in Europe*, cit.

²² Cfr. A. RENDA, (2020), *Single Market 2.0: the European Union as a Platform*, in S. Garben-I. Govaere (a cura di), *The Internal Market 2.0*, Bloomsbury Publishing Plc.

²³ L. LESSIG, *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999.

²⁴ Si veda sul tema F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, Rubettino editore, 2019.

A queste tre tendenze, in via residuale, ne andrebbe aggiunta una che forse più di tutte rappresenta l'essenza della nuova traiettoria della *cyberlaw*. Nel tracciato della Commissione è europea appare evidente che l'era degli *open data*, del flusso libero di informazioni che rappresentava il vessillo più rivoluzionario della Rete nel suo complesso, è entrata in una fase di declino, almeno per quanto riguarda alcune province del cibernazio. Elemento chiave, in questo contesto, è la nuova strategia europea sui dati, presentata nel febbraio 2020 e già rappresentata da una prima – invero assai timida – proposta di *Data Governance Act*, alla quale seguiranno alcune altre proposte di regolazione²⁵. Nell'immaginare spazi di dati separati, nei quali le imprese dell'economia reale possano coordinarsi per ottimizzare i servizi e possibilmente ritenere una parte preponderante del valore generato senza regalarlo (come fin qui è avvenuto) alle grandi piattaforme, risponde essenzialmente a un'esigenza di politica industriale: evitare che la cattura del valore, sin qui conclamata nei settori *consumer*, si abbia a replicare anche in quelli *business-to-business* e magari anche nel contesto delle amministrazioni pubbliche, con il rischio che ne vengano depredate l'intera economia industriale europea, nonché l'area dei servizi pubblici. Nell'anelito di Thierry Breton, che invoca un'Europa in grado di "contare" nella *data economy* almeno quanto conta nell'economia globale, si rinvergono i segnali di una graduale rivoluzione copernicana. L'era dei dati aperti è finita, almeno per quanto riguarda la visione europea dell'industria. La neutralità della rete, principio istintivamente condivisibile, è finita col diventare il principale alleato della non-neutralità delle piattaforme e dell'insostenibilità dell'economia. La concorrenza Schumpeteriana del *winner-take-all*, promessa di dinamismo dell'economia, è divenuta un rischio tale da legittimare dopo decenni di silenzio pretese quasi ordoliberali²⁶. L'idea della *open innovation*, tanto decantata come prospettiva salvifica per le sinergie tra grandi e piccole imprese, è divenuta teatro di sproporzioni contrattuali e cattura del valore. E più in generale, le certezze degli albori della rete, le battaglie ideologiche e libertarie più ispirate, sembrano essersi ritorte contro gli stessi soggetti che le hanno sostenute, e gli stessi principi che le hanno ispirate. Come a dire che da qui, per poter superare le forche caudine di questa generazione digitale, sarà necessario porre mano a uno strumentario nuovo, più agile, e sicuramente più ibrido tra il diritto tradizionale e il diritto come "*code*".

²⁵ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati, COM(2020)767, 25 novembre 2020.

²⁶ Si vedano D. KALFF-A. RENDA, *cit.*

Problematiche giuridiche delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas *

Competitive bidding processes in gas distribution services: legal issues

di Aretta Benedetti **

ABSTRACT

L'articolo esplora il quadro giuridico in materia di affidamento del servizio di distribuzione del gas e le problematiche relative alle difficoltà attuative dello stesso. Con l'occasione vengono svolte riflessioni in ordine alla gestione associata dei servizi locali e dell'intreccio tra procedure di gara e logica regolatoria dell'ARERA.

Parole Chiave: Servizi di pubblica utilità – Concessioni di distribuzione del gas – Gara pubblica – Regolazione del servizio gas

The article explores the legal framework regarding the assignment of the gas distribution service and the problems related to the difficulties in implementing them. On this occasion, reflections are made regarding the associated management of local services and the intertwinement of tender procedures and ARERA's regulatory logic.

Key Words: Public Utilities – Concession of gas distribution – Competitive bidding procedure – Regulation of gas service

SOMMARIO: 1. Un quadro normativo complesso. – 2. La difficile transizione di “ruolo” dei comuni concedenti, nella prospettiva dell'esternalizzazione del servizio e dell'associazione in ambiti. – 3. La discrasia tra programmabilità degli interventi per l'intero periodo concessorio e necessità di una previsione certa, funzionale ai meccanismi di gara. – 4. La limitazione dell'autonomia negoziale della stazione appaltante nella predisposizione di bandi, capitolati e contratti di servizio. – 5. Le valutazioni di ARERA e l'intersezione della logica regolatoria con la logica di gara. – 6. Continuità e discontinuità nel raffronto tra la disciplina delle concessioni di distribuzione del gas e il modello di concessione di servizio del codice dei contratti pubblici. – 7. Qualche riflessione conclusiva.

* Il presente saggio prende le mosse dalla ricerca svolta sullo stato di avanzamento dell'attuazione delle riforme nel mercato del gas, condotta nel 2020 nell'ambito del centro di ricerca Cesisp, dell'Università degli studi di Milano Bicocca. Le valutazioni espresse nel presente saggio sono interamente dell'autrice.

** Professore associato di diritto amministrativo, Università di Milano Bicocca.

1. Un quadro normativo complesso

A oltre vent'anni dall'emanazione del decreto Letta (d.lgs. n. 164/2000) in tema di riordino del mercato del gas naturale, uno dei suoi punti cardine, vale a dire la riorganizzazione del servizio di distribuzione del gas secondo affidamenti a gara, strutturati in ambiti sovracomunali, non ha trovato ancora una soddisfacente attuazione, come dimostra il numero assolutamente esiguo di gare celebrate¹ e il ricco contenzioso sviluppatosi in materia. La produzione alluvionale di norme di legge e regolamentari, interventi dell'Autorità di regolazione, proroghe e semplificazioni, spinta dalla necessità di imprimere, di volta in volta, un'accelerazione al processo, non ha prodotto risultati positivi in questa direzione, con il risultato del perdurare di una situazione di stallo, che alimenta fondati interrogativi sulla tenuta del disegno originariamente prospettato².

Si tratta, infatti, di un quadro giuridico che, come segnalato al Governo e al Parlamento dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel 2016³, non riesce a realizzare lo scopo primo che il d.lgs. n. 164/2000 intendeva perseguire, cioè la transizione ad un regime di mercato che, stante le caratteristiche di monopolio naturale del servizio pubblico di distribuzione del gas, sia affidato alla gara come unica modalità per la selezione del concessionario (concorrenza *per* il mercato).

Costituisce un ostacolo la complessità dell'iter procedurale prodromico alla pubblicazione del bando, che vede il coinvolgimento degli enti territoriali raggruppati in ambiti, i quali mantengono una posizione di centralità nonostante le fondamentali funzioni affidate alle stazioni appaltanti di ambito, ai fini della gestione della gara e del successivo contratto. Così come presenta ricadute rilevanti il richiesto intervento dell'Autorità di regolazione (ARERA) nella procedura che precede la pubblicazione del bando, al fine di garantire decisioni effi-

¹ Con l'atto di segnalazione al Ministero dello Sviluppo economico AS 1633, del 12 novembre 2019, l'AGCM denuncia che, su un totale di 107 ambiti territoriali, solo 28 bandi sono stati emanati e solo due gare sono state aggiudicate. Ciò ha dato origine ad una serie di proroghe dei termini fissati per bandire le gare, puntualmente disattese, sulle quali si v. già G.F. LICATA, *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 2, 2011, p. 523 ss.

² Sulla riforma del mercato del gas come caso emblematico del processo di liberalizzazione (e di regolazione pro-concorrenziale) dei servizi di pubblica utilità si v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006 e, da ultimo, dello stesso Autore, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019; con riferimento al servizio di distribuzione del gas naturale si v. R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 363 ss.; M. CAPANTINI, *Attività amministrativa privata nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 1, 2008, p. 71 ss.; M.A. QUAGLIA, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale tra la tutela della concorrenza e quella dell'affidamento*, in *Riv. trim. appalti*, 2007, p. 353 ss.; P. CAVALIERE-A. VEDASCHI, *Il mercato del gas naturale: un obiettivo ancora da raggiungere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 878 ss.; A. PINTO, *Il pubblico servizio di distribuzione del gas tra riordino e disordine*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, p. 177 ss.; V. CIOFFO, *La fuga dalla distribuzione del gas*, *ivi*, p. 395 ss.; L. AMMANNATI, *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 6, 2005, p. 1709 ss.; M. MONTINI, *Il nuovo modello di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 452 ss.

³ Si tratta dell'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento AS n. 1262, dell'11 marzo 2016, in cui l'Autorità formula proposte di modifica della normativa in esame, con specifico riferimento alla definizione di incentivi per favorire l'indizione delle gare da parte degli enti territoriali; all'introduzione di misure volte a facilitare la partecipazione di raggruppamenti di impresa alle gare e per la semplificazione della procedura di indizione.

cienti delle stazioni appaltanti (in sede di predisposizione degli atti di gara), funzionali alla successiva definizione delle tariffe del servizio e di un corretto rapporto con l'utenza.

Lo stesso strumento della gara quale modalità esclusiva per la selezione del concessionario presenta problematicità, come si può dedurre anche da un'indagine condotta dall'ANAC nel 2018⁴, da cui emerge una struttura del mercato in cui è concreto il rischio che il meccanismo di gara diventi strumento per il perpetuarsi di situazioni di potere di mercato e barriera all'accesso di operatori di più ridotte dimensioni⁵.

Per questo insieme di fattori, lo studio delle problematicità che riguardano il sistema di affidamento delle concessioni di distribuzione del gas acquista una significatività che ne supera l'orizzonte settoriale: gli interrogativi sollevati sulla natura dei vincoli di gara, nel loro impatto sulla conformazione reale del mercato, e sul rapporto tra la logica di gara e quella regolatoria, danno origine a riflessioni di interesse più generale, che toccano l'intero sistema delle *public utilities* interessate da processi di liberalizzazioni e basati su schemi analoghi.

L'analisi che segue si articola, dunque, in diversi livelli di verifica, in cui possono dirsi concentrate le maggiori problematicità connesse al sistema delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, a partire dall'analisi del ruolo dei comuni concedenti e della difficoltà di prefigurare lo sviluppo certo del servizio per l'intero periodo di affidamento (come rigidamente richiesto dalla logica della gara). Inoltre si analizzeranno le questioni legate alla limitata autonomia delle stazioni appaltanti e alle complessità procedurali connesse all'intervento preventivo di ARERA. A conclusione di questa disamina si volgerà l'attenzione al nuovo quadro risultante dal recepimento della direttiva europea 2014/23/UE in materia di concessioni, tramite il codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), con l'intento di verificare quali potrebbero essere possibili percorsi di ripensamento della disciplina speciale dell'affidamento delle concessioni di distribuzione del gas, per superarne le criticità.

Si tratta di una riflessione necessaria anche alla luce delle nuove prospettazioni di *new green economy*, che nei prossimi anni cambieranno il volto delle politiche energetiche nazionali, rendendo quanto mai urgente e attuale la riflessione su un adattamento flessibile del quadro normativo vigente alle future prospettive di sviluppo del servizio.

⁴ Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento n. 4, del 17 ottobre 2018.

⁵ La posizione dominante degli ex-concessionari è stata ritenuta dall'AGCM presupposto per qualificare taluni comportamenti non collaborativi con le amministrazioni concedenti quali abusi di posizione dominante. Si v., in particolare, il caso di cui AGCM A432, decisione n. 23114 del 14 dicembre 2011, relativa all'espletamento delle gare di affidamento del servizio di distribuzione del gas. In questo caso Italgas, concessionario uscente nei comuni di Roma e Todi, si era rifiutata di fornire le informazioni necessarie ai comuni per redigere i bandi di gara dei nuovi affidamenti. L'Autorità, qualificando suddette informazioni come *essential facilities*, ha ritenuto che il comportamento non collaborativo dell'*incumbent* Italgas costituisse un abuso in quanto diretto a ostacolare l'accesso al mercato di altri operatori che avrebbero potuto partecipare alle relative gare. Sulla vicenda si v. F. DI PORTO, *Scambi di informazioni e abusi di posizione dominante: una rilettura degli «abusi informativi» e dei relativi rimedi*, in *Concorrenza e mercato*, fasc. 1, 2014, p. 27 ss. Da ultimo l'Autorità ha aperto un'istruttoria per una fattispecie analoga, concernente una gara bandita dal comune di Venezia, con delibera 27 maggio 2020.

2. La difficile transizione di “ruolo” dei comuni concedenti, nella prospettiva dell'esternalizzazione del servizio e dell'associazione in ambiti

Il primo terreno di verifica concerne, dunque, il modello (ormai comune ai servizi locali a contenuto economico) di gestione associata del servizio, organizzato secondo ambiti territoriali ottimali⁶.

Ai sensi del d.lgs. n. 164/2000, l'attività di distribuzione del gas naturale è attività di servizio pubblico rispetto alla quale gli enti locali affidanti svolgono «attività di indirizzo, vigilanza, programmazione e di controllo sull'attività di distribuzione» (art. 14), ma in modo differente rispetto al passato, quando l'ente locale, attraverso il sistema di concessioni (affidate a gestori scelti *intuitus personae*) esercitava una sorta di delega delle funzioni essenziali relative alla gestione del servizio.

La previsione dell'affidamento del servizio a gara contenuta nel decreto Letta chiede agli enti locali di muoversi nella logica della contrattualizzazione del servizio⁷, con tutto ciò che ne consegue in termini di attivazione di un'adeguata capacità tecnico/gestionale (si pensi alla difficoltà di individuare il valore residuo delle infrastrutture da mettere a gara, o alla mancata, corretta, imputazione in bilancio della valorizzazione delle reti di proprietà degli enti).

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, viene in gioco l'asimmetria informativa esistente tra comuni concedenti e gestori: una condizione “naturale” nel contesto precedente, in cui il concessionario era una sorta di “delegato” esperto a cui il servizio era affidato direttamente (e che si rapportava agli utenti in qualità di sostituto dell'amministrazione). Nella mutata prospettiva l'ente concedente deve avere piena conoscenza di tutti i dati informativi che consentano di poter affidare il servizio, nella prospettiva degli sviluppi futuri, all'impresa che dimostri di avere i migliori requisiti in risposta al bando, a prescindere da qualsiasi rapporto diretto.

Il quadro è divenuto più complesso dopo la riforma di cui all'art. 46-bis del d.l. n. 159/2007, convertito dalla legge n. 222/2007, che ha introdotto l'obbligatoria organizzazione del servizio di distribuzione del gas per ambiti territoriali minimi, al fine di «garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali»⁸. La defini-

⁶ Si v. M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *Federalismi.it*, 13 gennaio 2016; L. AMMANNATI-E. CANEPA, *Un difficile percorso verso la concorrenza. Gli ambiti di gara per la distribuzione locale del gas*, in M. Passalacqua (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 83 ss.; F. ANDREONI, *Strumenti giuridici per una gestione associata dei servizi e problematiche antitrust*, *ivi*, p. 353 ss.; G. CARULLO, *Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm.* CdS, fasc. 10, 2013, p. 35 ss.

⁷ Il processo, con riferimento generale ai servizi pubblici locali, è ben spiegato da F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici e la tutela della concorrenza*, in *www.astrid-online.it*, n. 17/2010, secondo la quale la stessa sostituzione del termine concessione con «affidamento» implica il superamento della conformazione pubblicistica dell'istituto concessorio, quale modalità di assimilazione del privato alla gestione di compiti pubblici. Sul tema si v. anche F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazioni*, in *Federalismi.it*, 2016. Sulla necessità di una nuova riflessione in tema di servizi pubblici locali, specie alla luce vincoli comunitari, si v. G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2011, p. 381 ss.

⁸ Con successivo art. 24, comma 4, d.lgs. n. 93/2011, è stato stabilito che le gare per l'affi-

zione degli ambiti, rimessa al ministero dello sviluppo economico in parallelo alla specificazione della disciplina di gara per l'affidamento del servizio⁹, è espressamente orientata all'identificazione di «bacini ottimali di utenza» ai fini di un incremento dell'efficienza e di un abbattimento dei costi. Secondo le previsioni della legge, i comuni dell'ambito delegano ad una «stazione appaltante»¹⁰ i compiti di preparazione e pubblicazione del bando di gara e del disciplinare (in conformità ai rispettivi modelli-tipo), di aggiudicazione della gara, di stipulazione del contratto di servizio e di gestione del contratto stesso.

La peculiarità è che la definizione di ambiti minimi risulta orientata all'ottimizzazione dell'affidamento, con un minor rilievo della funzione programmatica che caratterizza altre esperienze simili nell'ambito dei settori di pubblica utilità¹¹. Le linee guida di ambito, formulate dalla stazione appaltante sulla base degli indirizzi dei comuni, sono infatti funzionali alla procedura di affidamento perché costituiscono la base necessaria per la predisposizione del piano di sviluppo del servizio che gli operatori sono chiamati a formulare ai fini della partecipazione alla gara.

La riorganizzazione per ambiti non esclude una funzione centrale dei comuni, ai quali spettano tutte le decisioni che riguardano la proprietà, la formulazione degli accordi con il precedente gestore, la formulazione degli indirizzi che sono alla base delle linee programmatiche di ambito. Gli stessi comuni partecipano alla funzione di vigilanza e controllo sul gestore (tramite un comitato di monitoraggio costituito dai rappresentanti degli enti locali concedenti, per un massimo di quindici) e alla determinazione (assunta a maggioranza dei comuni di ambito, in base alle utenze) di risoluzione del rapporto per gravi e reiterate inadempienze del contratto di servizio da parte del gestore.

Secondo lo schema organizzativo, la stazione appaltante agisce sulla base

damento del servizio di distribuzione del gas naturale siano effettuate unicamente per ambiti territoriali minimi (di cui al citato art. 46-bis della legge n. 159/2007). Interpellata sull'articolo in questione, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata, con riferimento all'art. 76 Cost., la questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega, ritenendo che nel caso di specie plurime disposizioni della legge delega (legge n. 96/2010, art. 17, comma 4) autorizzassero tale disposizione «sui presupposti, non contestati, dell'effetto pro concorrenziale e dell'incremento di efficienza del servizio del cosiddetto sistema ambiti», in ragione del fatto che «la disposizione censurata rende applicabile la nuova disciplina degli affidamenti, evitando il rinnovo delle concessioni su base comunale e, con esse, l'ulteriore frazionamento delle gestioni» (Corte Cost. 7 giugno 2013, n. 134). Questa disposizione ha anticipato la riforma introdotta per la generalità dei servizi. Infatti l'obbligatorietà della partecipazione degli enti locali in enti o istituti designati per il governo degli ambiti (sanzionata con i poteri sostitutivi in capo ai presidenti delle regioni) è stata disposta dall'art. 1, comma 609, legge n. 190/2014, dichiarata legittima dalla Corte Cost. con sentenza 7 luglio 2016, n. 160. La *ratio* di simili disposizioni è stata rinvenuta, dalla corte, nella necessità di perseguire meglio risultati economici nella gestione dei servizi locali a contenuto economico, nonché un contenimento della spesa pubblica, senza che sia ritenuta lesa l'autonomia degli enti locali. Norme di questo tipo, infatti, si limiterebbero a «razionalizzare le modalità di esercizio, al fine di superare la frammentazione nella gestione, preservando uno specifico ruolo agli enti locali titolari di autonomia costituzionalmente garantita, nella forma della partecipazione agli organismi dotati dei poteri decisionali».

⁹ Successivi decreti ministeriali del Ministero dello sviluppo economico hanno definito il quadro: con il d.m. 19 gennaio 2011 sono stati individuati gli ambiti territoriali ottimali per la distribuzione del gas; con il successivo d.m. 18 ottobre 2011 sono stati determinati i comuni appartenenti ai diversi ambiti territoriali; con d.m. 12 novembre 2011, n. 226, è stato emanato il regolamento per i criteri di gara e per la valutazione delle offerte.

¹⁰ Sulle questioni relative alla designazione della stazione appaltante si v. Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7029.

¹¹ Si pensi alla declinazione degli obiettivi di raccolta e smaltimento dei rifiuti per ambito, nel caso del servizio di igiene urbana, o dell'identificazione dei servizi minimi di trasporto (finanziati con risorse regionali) nel caso dei trasporti pubblici.

di una delega da parte dei comuni, che può essere più o meno ampia (potendo comprendere anche il reperimento, da parte della stessa, delle informazioni direttamente presso i gestori), senza che i comuni siano mai esautorati nelle proprie funzioni¹². Si tratta di una delega che non determina il venir meno della responsabilità dell'ente locale, rilevante anche nella formalizzazione dell'accordo con il gestore uscente relativo all'individuazione dello stato di consistenza e di valutazione delle reti esistenti e finalizzato alla determinazione dei valori di rimborso (VIR), essenziale per la celebrazione delle gare.

Qui viene in evidenza il nodo dei poteri sostitutivi nei casi di grave inerzia degli enti locali nell'assolvimento dei loro compiti. L'AGCM non ha salutato favorevolmente la norma che ha abolito le sanzioni originariamente previste verso gli enti inadempienti¹³, proprio nel presupposto delle conseguenze negative riconducibili all'impossibilità di sanzionare o, quantomeno, superare l'inerzia degli enti locali interessati per accelerare il processo di avvio delle gare. Il principio di sussidiarietà che regge il sistema di riparto delle competenze tra enti territoriali implica «naturalmente» la riconduzione di poteri sostitutivi in capo all'ente territoriale «superiore» rispetto a quello titolare delle funzioni rimaste non adempiute. Proprio in questa chiave il d.m. n. 266/2011 ha definito un procedimento in base al quale, allo scadere dei termini per la pubblicazione dei bandi di gara, spetta alle Regioni di intervenire in via sostitutiva; e, in caso di inerzia regionale, allo stesso Ministero dello sviluppo economico (secondo una norma di legge introdotta nel 2013)¹⁴. Ma si tratta di norme rimaste inattuato, lasciando aperto l'interrogativo sulla concreta attivabilità di poteri sostitutivi in questo contesto.

3. La discrasia tra programmabilità degli interventi per l'intero periodo concessorio e necessità di una previsione certa, funzionale ai meccanismi di gara

In base all'art. 9, comma 3, d.m. n. 226/2011, la stazione appaltante deve redigere le linee guida programmatiche di ambito con le condizioni minime di sviluppo, differenziate in relazione al grado di metanizzazione raggiunto nel comune, alla vetustà dell'impianto, all'espansione territoriale e alle caratteristiche territoriali, in modo tale da garantire l'equilibrio economico e finanziario del gestore. Gli interventi previsti dalle linee programmatiche devono essere giustificati da un'analisi costi/benefici per i consumatori¹⁵.

¹² Nel rapporto con i gestori, in particolare, i report delle Autorità di vigilanza mettono in evidenza come gli enti concedenti abbiano svolto un ruolo definito «carente», perché spesso limitato ad una «presa d'atto» senza verifiche in concreto. Si v. la citata segnalazione dell'ANAC, n. 4/2018. Le cause sono ascrivibili, secondo l'Autorità, sia a scarsa consapevolezza del ruolo che a schemi di convenzione troppo risalenti.

¹³ Si v. il citato atto di segnalazione al MiSE, AS n. 1633 del 12 novembre 2019.

¹⁴ Si tratta dell'art. 4, comma 2, d.l. n. 69/2013, convertito con legge n. 98/2013 e modificato dalla legge n. 21/2016 in tema di proroga dei termini. Il suddetto procedimento sostitutivo, con intervento del Ministero in ultima istanza, è stato ulteriormente disciplinato (al fine di agevolarne l'avvio) con l'art. 3, commi 2-bis e 2-ter, d.l. n. 210/2015, conv. dalla legge n. 21/2016.

¹⁵ Si v. gli atti regolatori di ARERA in materia (a partire dalla delibera 468/2018/R/gas in tema di requisiti minimi dei piani di sviluppo) e in particolare la delibera attuativa 230/2019/R/gas, in tema di criteri applicativi della metodologia di analisi costi benefici.

La stazione appaltante redige il documento-guida per gli interventi di estensione, manutenzione e potenziamento nei singoli comuni, che funge da riferimento per la redazione, da parte dei concorrenti, del piano di sviluppo della rete e degli impianti, atto fondamentale ai fini della partecipazione alle gare.

Con riferimento a questo aspetto si pone un'ulteriore criticità della gara per l'affidamento delle concessioni di distribuzione gas: la discrasia tra il grado di previsione degli sviluppi desiderati del servizio (specie in termini di estensioni e potenziamenti) da parte degli enti concedenti e il grado di precostituzione certa delle condizioni di gara, necessaria ai fini del confronto concorrenziale¹⁶.

Se, infatti, la durata di dodici anni è funzionale al recupero degli investimenti da parte dei gestori concessionari, gli enti locali si trovano di fronte ad un quadro programmatico per certi tratti incerto, o comunque non definibile con un sufficiente grado di attendibilità in un arco temporale così lungo.

Questa problematica sembra emergere nell'art. 9, comma 4, d.m. n. 266/2011, quando, al momento di definire i contenuti del documento guida, stabilisce che lo stesso debba contenere «gli interventi *di massima* di estensione della rete ritenuti compatibili con lo sviluppo territoriale del Comune e con il periodo di affidamento» (lett. a). Questa condizione presuppone un apprezzamento dell'interesse pubblico, legato essenzialmente alle questioni di sviluppo e potenziamento delle reti, che possa essere soggetto a nuove valutazioni nel tempo, in una prospettiva che il meccanismo di gara sembrerebbe escludere.

La gara ristretta (o aperta), qual è quella scelta come metodo di selezione dal decreto Letta e dal d.m. n. 266/2011, presuppone, infatti, che l'oggetto del confronto concorrenziale sia puntualmente definito nella *lex specialis* della gara, per l'intero periodo di svolgimento del servizio che si deve affidare; e che, una volta scelto il contraente, le condizioni contrattuali siano modificabili solo entro i margini stabiliti dal codice dei contratti pubblici, nel presupposto che un'ampia facoltà di modifica violerebbe il principio di par condicio nella partecipazione alla gara¹⁷.

L'estrema rigidità e formalizzazione della modalità di gara strutturata secondo il modello della procedura ristretta (o aperta) sembra, perciò, mal conciliarsi con le esigenze di affidamento delle concessioni di distribuzione del gas, connesse all'asimmetria informativa nonché alle difficoltà programmatiche e previsionali degli enti concedenti. La gestione associata moltiplica queste difficoltà, non potendo le stazioni appaltanti sostituirsi agli enti concedenti in valutazioni che sono necessariamente proprie di ciascuno, o uniformare previsioni e obiettivi programmati. La rigidità e l'uniformità dell'unico modello di gara pre-

¹⁶ La problematica sussiste ogni qualvolta l'amministrazione debba concludere contratti complessi, che mal si adattano all'estrema rigidità e formalizzazione dei meccanismi di gara. L'assenza di discrezionalità, anziché essere un vantaggio, diventa un ostacolo alla definizione dei migliori contenuti, perché, ad esempio, impedisce il processo di apprendimento nascente da un processo di negoziazione, volto ad una definizione concordata, nell'incentivo della massimizzazione degli interessi reciproci. La questione è analizzata molto efficacemente da M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 5-6, 2013, p. 991 ss.; in questo senso si v. anche G. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e società*, 2017, p. 177 ss.; ID., *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, *Il dir. dell'econ.*, fasc. 3, 2012, p. 575 ss.

¹⁷ Il tema è comune alle concessioni di servizio, nella misura in cui il codice dei contratti pubblici ne ha assimilato il regime giuridico all'esecuzione degli appalti, salvo che per la questione del ripristino dell'equilibrio economico-finanziario del concessionario. Su questo tema si v. M. CALCAGNILE, *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 2020, p. 81 ss.

visto non favorisce, del resto, la ricerca di soluzioni differenziate per ambiti, che meglio potrebbero rispondere alle specificità di contesto socio-territoriale e di mercato ¹⁸.

4. La limitazione dell'autonomia negoziale della stazione appaltante nella predisposizione di bandi, capitolati e contratti di servizio

Nell'ambito delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, la stazione appaltante si muove nel complesso intreccio di una serie di vincoli, il primo dei quali è quello relativo al rapporto con i comuni, espresso nella delega e negli indirizzi relativi alla formulazione del documento programmatico di ambito.

Come si è anticipato, le stazioni appaltanti sono chiamate a formulare le *Linee guida programmatiche di ambito* con le *condizioni minime di sviluppo* (in rapporto al grado di metanizzazione, alla vetustà impianti, all'espansione e alle caratteristiche territoriali), con tutto ciò che ne consegue in ordine alla necessità di razionalizzare dati disomogenei provenienti dai comuni e delle risultanze di una necessaria analisi costi benefici. Ai singoli comuni spettano anche valutazioni complesse come quelle relative alla determinazione dei valori di rimborso dell'impianto che il gestore entrante deve corrispondere al gestore uscente (c.d. VIR, valore industriale residuo), che ha una incidenza diretta sulla gara, perché sullo scostamento tra i valori VIR e RAB (*Regulatory Asset Base*), relativo alla remunerazione del capitale investito per la realizzazione degli impianti (riconosciuto in tariffa) è chiamata a esprimersi l'ARERA (ove lo stesso superi il 10%, circostanza ordinaria tenuto conto che il VIR, riproducendo i valori convenzionali, è in genere molto superiore alla RAB) ¹⁹. La questione influisce, infatti, direttamente sia sull'entità della tariffa che sull'ammontare della somma che il gestore entrante è tenuto a rimborsare, con inevitabili riflessi di estrema problematicità laddove i comuni (a monte) non raggiungano un accordo con i gestori uscenti. In questi casi, infatti, nel bando devono essere rappresentate le valutazioni degli enti territoriali, con evidenti criticità pendenti nella fase successiva all'aggiudicazione della gara. È questo un ambito in cui le stazioni appaltanti non possono che riprodurre le valutazioni degli enti locali.

Con riferimento alla limitazione dell'autonomia delle stazioni appaltanti, l'apprezzamento relativo alle condizioni di gara e di svolgimento del servizio successivo è condizionato dalla necessità di uniformazione al bando e al capitolato

¹⁸ La tensione tra autonomia e uniformità/tipizzazione legislativa è una problematica che ha attraversato le diverse stagioni di riforma dei servizi locali: si v. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005.

¹⁹ Sul fitto intreccio di disposizioni in materia si v. il d.m. 22 maggio 2014, recante le linee guida per il calcolo del valore di rimborso degli impianti di distribuzione del gas; nonché, in ultimo, la deliberazione di ARERA 905/2017/R/gas, aggiornata dalla deliberazione 130/2018/R/GAS, il cui allegato A reca il «testo delle disposizioni dell'Autorità in materia di determinazione del valore di rimborso delle reti di distribuzione del gas naturale ai fini delle gare di ambito». Su questi temi si v. S.C. CEREDA, *Le gare del gas su base d'ATEM e il disaccordo nella valorizzazione dei cespiti: chi sono i protagonisti del successivo contenzioso?*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 21 settembre 2018.

tipo predisposti dal Ministero (allegati al d.m. n. 266/2011), nonché al contratto di servizio-tipo predisposto dall'Autorità e approvato dal Ministero²⁰, per l'esigenza di uniformare le gare e la gestione del servizio a livello nazionale.

I margini di scostamento rispetto ai bandi e ai capitolati tipo, per le stazioni appaltanti, sono davvero ridotti, e devono essere descritti in un'apposita nota giustificativa, nei limiti del rispetto degli elementi cardine del sistema: la prevalenza attribuita agli interventi di sviluppo e agli interventi in materia di sicurezza, nonché il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario (non a discapito dell'equilibrio tariffario).

Anche relativamente al contratto di servizio, le possibili modifiche rispetto al contratto tipo riguardano ambiti ristretti: la clausola compromissoria; la previsione circa la possibile realizzazione di interventi di pari valore a impianti non realizzati per ragioni di natura tecnica o di pianificazione territoriale; il possibile riconoscimento della quota di ammortamento nella tariffa a favore degli enti locali, se proprietari dei beni messi a disposizione del gestore.

5. Le valutazioni di ARERA e l'intersezione della logica regolatoria con la logica di gara

I contenuti discrezionali dei documenti di gara (scostamenti VIR/RAB superiori al 10%; le note giustificative di modifiche dei bandi, disciplinari e servizi tipo) sono soggette alla verifica di un modello di efficienza da parte di ARERA.

Nella disciplina delle gare gas si realizza, infatti, questo intreccio tra due sistemi che seguono una propria logica: il sistema della gara e il sistema della regolazione.

Il sistema della gara presuppone che l'amministrazione abbia una capacità di prefigurare in modo analitico le proprie esigenze connesse allo sviluppo del servizio e ai requisiti dell'operatore da selezionare, in modo tale da preconstituire tutto, con una limitata possibilità di scostamento successivo. Il meccanismo premiale della gara dovrebbe favorire chi riesce a offrire le migliori condizioni (verificabili) nel quadro dato. La regolazione di ARERA segue un proprio sistema di meccanismi incentivanti che trovano nella tariffa il punto di snodo, il discrimine tra ciò che può essere riconosciuto e ciò che non può esserlo (gravando sul concessionario).

Dalla sovrapposizione tra i due meccanismi discende che i margini di scostamento delle stazioni appaltanti sono oggetto di valutazione da parte dell'Autorità indipendente con aggravamento del sistema.

Originariamente il controllo dell'Autorità era prefigurato secondo i meccanismi semplificatori del silenzio assenso (ove l'Autorità non si fosse espressa entro 30 gg l'assenso si considerava acquisito). Successivamente si è passati ad un diverso regime, che punta sulla definizione di apposite procedure semplificate: così la deliberazione di ARERA 905/2017/R/gas, aggiornata con la del. 130/2018/R/gas, ha definito tre differenti procedure di verifica: il regime ordinario individuale per Comune; quello semplificato per Comune, e quello semplificato d'ambito. Il meccanismo semplificatorio è tale solo in apparenza: esso si basa sulla possibilità, ricorrendo determinati presupposti, di ricorrere

²⁰ Il contratto tipo è stato predisposto da ARERA e approvato dal Ministero dello Sviluppo economico con d.m. 5 febbraio 2013.

ad una certificazione di un soggetto terzo, che è comunque soggetta a verifica dell'Autorità sotto il profilo della completezza delle informazioni riportate.

La tempistica di emanazione del bando è così fortemente condizionata dalle verifiche dell'Autorità, che pur non essendo formalmente vincolanti (tali cioè da inficiare l'efficacia o la validità del bando che non ne tenesse conto), sono però essenziali sotto il profilo del successivo riconoscimento dei costi in tariffa e, quindi, ai fini della gestione del rapporto con il concessionario²¹.

6. Continuità e discontinuità nel raffronto tra la disciplina delle concessioni di distribuzione del gas e il modello di concessione di servizio del codice dei contratti pubblici

L'emanazione del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) non ha comportato un sovvertimento della disciplina delle concessioni di distribuzione del gas, posto che una specifica norma al suo interno fa salva la disciplina speciale riguardante le procedure di affidamento, «in quanto compatibili con il codice»²².

Premessa, dunque, questa preventiva valutazione di «non incompatibilità» tra le due discipline, è di interesse il riferimento ai profili differenziali che emergono da un raffronto tra le due discipline, perché possono concorrere ad una riforma del meccanismo di affidamento delle concessioni di distribuzione del gas, che ne superi le criticità attuali.

Come è noto la direttiva 2014/23/UE è stata la prima dedicata espressamente alle concessioni di servizi e di lavori ed è stata recepita dal legislatore italiano in un'apposita sezione del codice dei contratti pubblici (la parte III del d.lgs. n. 50/2016)²³.

Ai sensi della nuova normativa la concessione è un contratto centrato sul concetto di rischio operativo, con ciò intendendo possibile che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario (art. 165,

²¹ Su queste basi, ad es., il Consiglio di Stato ha ritenuto corretta la decisione del giudice di primo grado di annullare un bando di gara emanato senza che la stazione appaltante avesse preventivamente coinvolto l'ARERA (sez. V, 3 aprile 2019, n. 2202). Sottolinea come le misure di regolazione asimmetrica temporanee siano funzionali al perseguimento delle finalità concorrenziali delle gare, a beneficio degli utenti, la decisione del Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2017, n. 4197.

²² Si tratta dell'art. 216, comma 27-*quinquies* del codice, in base al quale alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione del servizio di distribuzione del gas naturale continuano ad applicarsi le disposizioni del d.lgs. n. 164/2000, in quanto compatibili con il codice, nonché le norme in materia di organizzazione obbligatoria delle gare a livello di ambiti. Resta ferma la durata massima delle concessioni in dodici anni.

²³ Sulla direttiva in esame si v. G. GRECO, *La direttiva in materia di «concessioni»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1095 ss.; ID., *Le concessioni di lavori e servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 3, 2018, p. 505 ss.; F. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della dir. 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 101 ss.; G.D. COMPORI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 25 marzo 2015; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2014, p. 1135 ss.; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e fornitura nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 291 ss.

comma 1). Per questo ha un solido ancoraggio nel principio di equilibrio economico finanziario del concessionario, che giustifica la possibilità che sia stabilito un prezzo (accanto alla remunerazione rappresentata dal prezzo del servizio pagato dagli utenti); equilibrio che deve essere ripristinato nel caso di sopravvenienze non imputabili a colpa del concessionario²⁴. Nella logica della direttiva, il rischio è uno specifico profilo differenziale delle concessioni rispetto all'appalto, e configura le prime come comportanti un rapporto necessariamente trilatero²⁵: per loro natura le concessioni di servizi si riferiscono ad attività erogate verso gli utenti, che ne costituiscono la principale fonte di remunerazione.

Nonostante questa chiara configurazione trilatera, la direttiva (e conseguentemente il codice) non si occupa della concessione nel suo aspetto di attività doverosa nell'interesse degli utenti: questi ultimi quasi non sono nominati e l'istituto viene disciplinato proprio al fine di assimilarne i meccanismi di selezione a quelli dell'appalto, quindi nella prospettiva della garanzia del mercato²⁶. Ai sensi della nuova disciplina, alle concessioni si applicano le norme in materia di appalti *per quanto compatibili* (principi comuni, clausole sociali, pubblicità dei bandi, ruolo del RUP, fasi delle procedure di affidamento/evidenza pubblica, requisiti, criteri di aggiudicazione, modalità di comunicazione agli offerenti, termini, esecuzione).

Nella prospettiva della ridefinizione del regime delle concessioni di distribuzione del gas, il dato è rilevante nel senso che trova conferma il passaggio, già avviato con il d.lgs. n. 164/2000, dalla conformazione pubblicistica della concessione a quella «contrattuale»²⁷; al contempo emerge evidente la ne-

²⁴ Si v., per questi aspetti, le Linee guida dell'ANAC n. 9, approvate con delibera 28 marzo 2018, n. 318, relative ai contratti di partenariato pubblico – privato (in cui rientrano le concessioni di servizio). Ai sensi di tali linee guida, per ogni contratto di questo tipo le amministrazioni sono tenute a svolgere preliminarmente un'analisi dei rischi (e a redigere un'apposita matrice dei rischi), oltre che a dettagliare analiticamente nel contratto le ipotesi di forza maggiore che possono alterare l'equilibrio economico finanziario del concessionario.

²⁵ Si v. F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nelle direttive 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 743 ss.; e già Id., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2011, p. 703 ss.

²⁶ Questo aspetto viene chiaramente evidenziato da G. GRECO, *Le concessioni di lavori e servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, cit., p. 505 ss., secondo il quale la direttiva disciplina la concessione di servizio nella sua dimensione di operazione economica. Sui vincoli che derivano al concessionario nell'ambito della propria attività contrattuale, si v. M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 1, 2018, p. 153 ss.

²⁷ Sembra così superata quella configurazione pubblicistica della concessione di servizi che la inquadrava come un particolare procedimento organizzativo dell'amministrazione, in virtù della quale era trasferito al privato l'esercizio di una serie di funzioni e poteri, pur mantenendone l'ente concedente la titolarità (Cass., sez. un., n. 24824/2015; Cons. Stato, sez. VI, n. 3571/2015). Sull'originario dibattito relativo all'inquadramento teorico delle concessioni di servizi si v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 257 ss.; F. G. SCOCA, *La concessione e gli altri strumenti di gestione dei servizi pubblici*, in F. Roversi Monaco (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Maggioli, Rimini, 1988, p. 27; D. SORACE-C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Digesto (discipl. pubbl.)*, vol. III, UTET, Torino, 1989, p. 298 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e gov. locale*, 1992, p. 87 ss.; nonché i contributi raccolti negli Atti del Convegno tenutosi a Santa Margherita Ligure il 26-27 marzo 1993 su *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, tra i quali: A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, *ivi*, p. 21 ss.; G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, *ivi*, p. 93 ss.; R. CAVALLI PERIN,

cessità di un aggiornamento nel modo di inquadrare un simile contratto, in direzione della logica propria del regime degli appalti ai sensi del nuovo codice.

Le direttive eurounitarie unificate, in particolare quelle del 2014, segnano infatti un fondamentale passaggio verso un superamento della concezione del mercato come esclusivamente oppositivo rispetto al potere pubblico discrezionale e della conseguente necessità di esasperare i vincoli volti a «oggettivare» quanto più possibile la scelta pubblica. Il nuovo approccio sembra piuttosto focalizzarsi sulle dinamiche della *domanda pubblica*, con una conseguente attenzione alla sua qualificazione e regolazione, nel presupposto che il mercato non può vivere in assenza del potere pubblico o di un potere pubblico interamente vincolato²⁸.

Da qui nascono le disposizioni che aprono spazi valutativi all'amministrazione, definendo nuove procedure (come il dialogo competitivo o la procedura negoziata competitiva nei settori speciali); prediligendo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; assimilando il responsabile del procedimento ad un *Project Manager*²⁹.

Con riferimento specifico alle concessioni di servizio, è espressione di questo nuovo approccio il *principio di libera amministrazione*, secondo il quale «le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di organizzare la procedura per la scelta del concessionario ... di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire un livello elevato di qualità, sicurezza, ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici» (art. 166). Si tratta di un principio il cui ambito si riduce notevolmente ove si consideri che il codice assimila la concessione agli appalti per molti aspetti dell'affidamento, e tuttavia è significativo del fatto che il legislatore presuppone un'autonomia che, come si è visto, nel settore delle concessioni di distribuzione del gas non esiste.

Inoltre il codice prevede che, per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta (quindi l'ipotesi delle gare per il servizio di distribuzione del gas), nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una *con-*

Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico, ivi, p. 187 ss.; M. RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario. Autonomia e responsabilità degli Stati membri nei confronti del disegno di liberalizzazione comunitario*, ivi, p. 321 ss.; A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato: un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1995, p. 567 ss.; G. DELLA CANANEA, *The Regulation of public services in Italy*, in 68 *International Review of Administrative Sciences*, n. 1, 2002, p. 79 ss.; sulla tendenza alla sostituzione della concessione con strumenti di diritto comune nel periodo delle liberalizzazioni si v. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 257 ss.

²⁸ Si v., sotto questo profilo, l'analisi di G. COMPORTI, negli scritti *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, cit., p. 177 ss.; *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, cit., p. 575 ss.

²⁹ Vengono in rilievo, sotto questo profilo, le linee guida (interpretative del codice) dell'ANAC n. 3/2016 (aggiornate nel 2017), secondo le quali, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti «il RUP dovrà possedere ... adeguata competenza quale Project Manager, acquisita anche attraverso la frequenza, con profitto, di corsi di formazione in materia di Project Management». E ancora: «È necessario enfatizzare le competenze di pianificazione e gestione dello sviluppo di specifici progetti, anche attraverso il coordinamento di tutte le risorse a disposizione, e gli interventi finalizzati ad assicurare l'unitarietà dell'intervento, il raggiungimento degli obiettivi nei tempi e nei costi previsti, la qualità della prestazione e il controllo dei rischi».

sultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni, decorrenti dalla comunicazione agli interessati (art. 165, comma 3).

In sede di aggiudicazione la stazione appaltante può, inoltre, condurre liberamente *negoziazioni* con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni (art. 171, comma 7).

Rimane la mancanza di previsioni specifiche che rendano più flessibile l'esecuzione del servizio, in ragione magari delle esigenze connesse all'utenza: il fatto che il nuovo codice consideri la concessione essenzialmente nella sua dimensione di operazione economica porta a svalutare le conseguenze che invece sono naturalmente riconducibili alla sua connotazione trilatera. I soli aspetti per i quali sembra riemergere una connotazione pubblicistica delle concessioni sembrano essere concentrati nei poteri di risoluzione, autotutela, caducazione del contratto, definiti in capo alle amministrazioni concedenti.

In altre parole, il nuovo codice dei contratti, pur nell'assimilazione (per molti aspetti) delle concessioni agli appalti, sembra aprire spazi significativi ad una certa flessibilità, costringendo a rivedere nelle fondamenta l'opportunità di una disciplina di affidamento costruita sui canoni di una oggettivizzazione che non lascia alcuno spazio a valutazioni e negoziazioni. Le conseguenze per un ripensamento della rigida disciplina in tema di affidamento delle concessioni del servizio di distribuzione del gas appaiono non di poco conto.

7. Qualche riflessione conclusiva

Il riferimento al modello codicistico della concessione tratteggia un quadro in chiaroscuro che offre significative prospettive evolutive senza esaurire il complesso delle problematiche analizzate.

La disciplina di gara per l'affidamento della concessione di distribuzione del gas può certo essere migliorata aprendo a quegli spazi di valutazione discrezionale della stazione appaltante, consultazione preventiva del mercato, utilizzazione di procedure non solo rigidamente meccaniche, potenziamento della partecipazione degli operatori di piccole dimensioni, che il codice consente e che meglio si conformano alla complessità dei contratti concessori. In questo quadro la circolazione e il regime dei beni informativi ha un'indubbia rilevanza ai fini dell'effettiva apertura al mercato, come dimostrano le decisioni antitrust che qualificano come *essential facilities* le informazioni che devono essere rese dai gestori uscenti.

Rimangono tuttavia alcuni interrogativi che sono collegati allo stesso inquadramento della concessione quale mera operazione economica (modello proprio anche del codice dei contratti pubblici) di cui è enfatizzata la ricerca dell'efficienza, secondo canoni di uniformità che comprimono le dimensioni di differenziazione e di adattabilità ai contesti locali, connaturati alla natura di un servizio pubblico locale. È per questo aspetto che lo studio delle concessioni di distribuzione del gas offre elementi per riflessioni di carattere più generale.

La flessibilità e l'adattabilità dello strumento concessorio ai contesti locali

diventano tanto più rilevanti alla luce degli indirizzi di politica energetica nazionale che prefigurano importanti sviluppi in direzione della decarbonizzazione e della conversione delle reti del gas secondo una modalità integrata con quelle elettriche, per favorire l'accumulo di lungo termine di energia rinnovabile³⁰.

Sotto questo profilo non è difficile intercettare un'autentica tensione tra l'assetto delle regole a tutela della concorrenza e le nuove politiche ambientali europee, che rimettono in gioco uno spazio significativo di decisione e di intervento pubblico, al di là degli automatismi dei meccanismi di mercato. La stessa risposta che il sistema dei servizi pubblici dev'essere in grado di offrire alle questioni più impellenti legate a fattori di alto impatto come il cambiamento climatico, implica capacità di adattabilità e di resilienza, con significative ripercussioni sulla tenuta di strumenti progettati per essere sostanzialmente non modificabili entro una durata temporale piuttosto lunga (quali sono appunto le concessioni).

Secondo tale prospettiva anche la regolazione indipendente acquista una nuova centralità, nella misura in cui sia funzionale a sostenere un nuovo ruolo decisionale pubblico, in direzione non solo della dimensione dell'efficienza economica e della spinta ad un'uniformità delle condizioni di erogazione del servizio a livello nazionale, ma anche della sostenibilità sociale e ambientale.

In questo quadro l'auspicio sarebbe quello di una rivisitazione organica della disciplina, nonostante la situazione di stallo nell'affidamento delle concessioni del servizio di distribuzione del gas richieda risposte urgenti, che nell'immediato non potranno prescindere dalla collaborazione di tutti gli attori in gioco.

³⁰ Il riferimento è al Piano nazionale integrato per l'energia e il clima, del dicembre 2019, e alle prospettive di sviluppo ivi delineate per rispondere ai cambiamenti climatici e all'emergenza ambientale, in coerenza con le linee di sviluppo europee del *Green New Deal*.

La questione della compatibilità dei *golden powers* in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche

Are Italian Golden Powers, today, compatible with EU Law? *The Case of the Banking Sector*

di **Daniele Gallo** *

ABSTRACT

Il contributo ha per oggetto lo studio dei profili maggiormente problematici caratterizzanti l'attuale normativa italiana in merito a banche e *golden powers* – novità nel panorama europeo – nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione europea, con particolare riferimento alla sua compatibilità con il diritto del mercato interno e con il regolamento (UE) n. 452/2019. La tesi proposta è che la normativa è compatibile laddove 1) disciplina in maniera differente gli investimenti extra-UE dagli investimenti UE ed 2) estende l'ambito d'intervento dei *golden powers* anche nei confronti degli investitori UE. In questo quadro tre problematiche, in particolare, sono discusse: natura ed estensione dell'obiettivo della "stabilità finanziaria"; potenziale dell'art. 106 par. 2 TFUE; accesso al mercato UE da parte dei c.d. investitori sovrani.

Parole Chiave: Banche – Golden shares – Golden powers – Investimenti esteri diretti – Mercato interno

The article is aimed at analysing the most problematic aspects regarding the current Italian regulatory framework of banks and golden powers – a novelty in the European landscape – from the perspective of the EU legal order, with particular reference to its compatibility with the internal market and Regulation (EU) n. 452/2019. The article suggests that the said regulatory framework is compatible whereby it 1) provides different rules for extra-EU investments and EU investments and 2) extends the scope of golden powers also to EU investors. In this context, three issues, in particular, are discussed: the nature and extension of the objective of 'financial stability'; the potential of Article 106(2) TFEU; the access to EU market by the so-called 'sovereign investors'.

Key Words: Banks – Golden shares – Golden powers – Foreign direct investments – Internal market

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea e *Jean Monnet Chair*, Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss. Relazione rielaborata di un intervento svolto, il 4 dicembre 2020, presso il Centro Ferro-Luzzi dell'Università Roma Tre, nell'ambito di un *Workshop* organizzato dai professori Concetta Brescia Morra, Giulio Napolitano e Andrea Zoppini. Ringrazio il collega A. Sacco Ginevri per i consigli e i commenti.

SOMMARIO: 1. Finalità, perimetrazione, struttura dell'indagine e sua attualità. – 2. Norme del diritto italiano rilevanti, evoluzione del quadro normativo e sue caratteristiche principali. – 3. L'individuazione del diritto dell'Unione europea applicabile, primario e derivato, la questione dell'aderenza dell'ordinamento interno all'ordinamento UE e la prospettazione di due differenti scenari, in Italia, in funzione dell'origine (UE oppure extra-UE) dell'investimento. – 4. I problemi "sul tappeto" posti dalla pratica dei *golden powers*, in relazione ai motivi d'interesse generale, individuati nella disciplina italiana, che ne costituiscono il presupposto: il differente trattamento degli investitori extra-UE rispetto agli investitori UE (I). – 5. L'invocabilità nei confronti degli investitori UE (II). – 6. L'obiettivo della "stabilità finanziaria" nell'ambito delle giustificazioni sul mercato interno (III). – 7. (*Segue*): il possibile effetto utile dell'art. 106 par. 2 TFUE (IV). – 8. L'accesso al mercato UE da parte dei c.d. investitori sovrani extra-UE e la "tenuta" del principio della neutralità giuridica delle imprese in relazione alla libera circolazione dei capitali. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Finalità, perimetrazione, struttura dell'indagine e sua attualità

Il mio contributo ha per oggetto lo studio dei profili maggiormente problematici caratterizzanti l'attuale normativa italiana in merito a banche e *golden powers*, nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione europea, con particolare riferimento alla sua compatibilità con il diritto del mercato interno, *in primis* con le norme sulla libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali¹, e con il regolamento (UE) n. 452/2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione².

Esulano dall'indagine, dunque, sia le spinose questioni di diritto commerciale, finanziario e bancario, ad iniziare dall'inclusione delle banche nella nozione d'«infrastruttura finanziaria» di cui all'art. 4, par. 1, lett. d) del regolamento (UE) n. 452/2019, sia la questione della possibile differente declinazione dei *golden powers*, nella pratica, in un settore particolare, qual è quello bancario³, che è nuovo a questo fenomeno, perlomeno in Italia ed Europa⁴.

Mi limito, peraltro, semplicemente a menzionare il controverso tema, che emerge dalla lettura del *considerando* 37, contenuto nel regolamento (UE) n. 452/2019, circa la non incidenza di detto regolamento sulle regole UE riguardanti la valutazione prudenziale delle acquisizioni di partecipazioni qualificate nel settore finanziario, valutazione questa che, come scritto nel *considerando*, costituisce «una procedura distinta con un obiettivo specifico»⁵. Certamente,

¹ Cfr., rispettivamente, gli artt. 49 ss. TFUE e gli artt. 63 ss. TFUE.

² Regolamento (UE) n. 452/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, *G.U. L.* 791 del 21 marzo 2019, p. 1, applicabile dall'11 ottobre 2020 ai sensi del suo art. 17.

³ Su questi profili si veda, recentemente, A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e banche nella prospettiva del diritto dell'economia*, in questo numero della *Rivista*. Con riguardo ai profili di diritto societario si veda V. DONATIVI, *Golden powers. Profili di diritto societario*, Torino, 2019.

⁴ Non lo è in altri Paesi extra-UE, tra cui Stati Uniti, Cina e Australia.

⁵ Cfr., in particolare, direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, *G.U. L.* 176 del 27 giugno 2013, p. 338. Sulla questione si veda, *inter alia*, S. ALVARO-M. LAMANDINI-A. POLICE-I. TAROLA, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, Quaderni giuridici Consob, 20 febbraio 2019, Roma; F. ANNUNZIATA-M. SIRI, *Global pandemic crisis and financial stability*, in C.V. Gortsos-W.-G. Ringe (a cura di), *Pandemic Crisis and Financial Stability*, Frankfurt am Main, 2020, p. 317 ss., consultabile sul sito <https://ebi-europa.eu/wp-content/uploads/2020/05/Gortsos-Ringe-eds-Pandemic-Crisis-and-Financial-Stability-2020-final.pdf>.

esistono chiari problemi di raccordo e sovrapposizione sostanziale e procedurale con riferimento alla compresenza, in ambito finanziario, di questi due regimi, tenuto conto della progressiva attrazione delle funzioni di vigilanza bancaria nell'“orbita” della Banca Centrale Europea⁶.

Con i caveat di cui sopra, mi propongo di verificare se ed eventualmente in che misura e a quali condizioni l'ordinamento italiano, per come ripetutamente modificato e integrato nel corso degli anni, a partire dal d.l. n. 21/2012, contenente norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, così come convertito con modifiche dalla legge 11 maggio 2012, n. 56⁷, possa ritenersi compatibile, in riferimento particolare al settore bancario, con il diritto UE.

L'attualità della problematica è facilmente desumibile, oltre che dalle recenti modifiche normative, dalla prassi riguardante le acquisizioni di partecipazioni da parte di soggetti extra-UE ed UE nei confronti di imprese stabilite in Italia, come si evince, oltre che da fonti giornalistiche⁸, anche e soprattutto dalla lettura degli atti seguenti: la relazione, presentata alle Camere dalla Presidenza del Consiglio dei ministri il 22 giugno 2020, in merito all'anno 2019, concernente l'attività svolta sulla base dei poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni⁹; la relazione, presentata alle Camere dal Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir) il 5 novembre 2020, sulla tutela degli asset strategici nazionali nei settori bancario e assicurativo¹⁰; la relazione, presentata alle Camere dalla Presidenza del Consiglio dei ministri il 1° marzo 2021, in merito all'anno 2020, sulla politica dell'informazione per la sicurezza¹¹. Alla luce di queste misure, il numero delle notifiche effettuate in relazione alle operazioni

⁶ Si vedano le suggestioni di Fabrizio Balassone, Capo del Servizio Struttura economica della Banca d'Italia, contenute nella sua Testimonianza alle Commissioni riunite VI (Finanze) e X (Attività produttive) della Camera dei Deputati, in occasione della conversione in legge del d.l. n. 23/2020 (misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali), del 27 aprile 2020, consultabile sul sito www.bancaitalia.it/publicazioni/interventi-vari/int-var-2020/balassone-audizione-270420.pdf.

⁷ D.l. n. 21/2012, del 15 marzo 2012, Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, *G.U. Serie Generale* 15 marzo 2012, n. 63, p. 1, convertito con modificazione dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, *G.U. Serie Generale* 14 maggio 2012, n. 111, p. 1.

⁸ Cfr. M. LUDOVICO, *Nel 2020 quadruplicati i tentativi di scalata agli asset strategici*, *Il Sole* 24 ore, 7 marzo 2021.

⁹ Cfr. la relazione concernente l'attività svolta sulla base dei poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, relativa all'anno 2019, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del 22 giugno 2020, consultabile sul sito <http://www.serviziocamera.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1161802.pdf>.

¹⁰ Cfr. la relazione sulla tutela degli asset strategici nazionali nei settori bancario e assicurativo del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR), approvata nella seduta del 5 novembre 2020 e trasmessa alle Presidenze di Camera e Senato il 5 novembre 2020, p. 9, consultabile sul sito http://documenti.camera.it/_dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/034/003/INTERO.pdf.

¹¹ Cfr. la relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza, relativa all'anno 2020, a cura del Comparto Intelligence (DIS, AISE e AISI), del 1° marzo 2021, consultabile sul sito: <https://www.sicurezza nazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2021/02/RELAZIONE-ANNUALE-2020.pdf>.

promosse da imprese UE ed extra-EU nei confronti di imprese italiane, per il biennio 2019-2020 e per i primi due mesi del 2021, è 478, con 104 casi nei quali i poteri speciali sono stati esercitati.

Con riguardo al settore bancario, un esempio lampante della centralità dei *golden powers* nell'attualità politica ed economica italiana è rappresentato dall'Offerta Pubblica di Acquisto (OPA) promossa da *Crédit Agricole S.p.A.*, controllata della società di diritto francese *Crédit Agricole*, sulla totalità delle azioni del Credito Valtellinese. L'Offerta, infatti, come scritto nel Comunicato del 23 novembre 2020 reso ai sensi dell'art. 102, comma 1, del d.lgs. n. 58/1998 e dell'art. 37 del regolamento Consob n. 11971/1999, è subordinata alla seguente condizione: «che, entro il secondo giorno di borsa aperta precedente la data di pagamento del Corrispettivo, (x) sia pervenuta un'autorizzazione priva di prescrizioni, limitazioni o condizioni da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 15 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23 e dell'art. 2 del D.L. 15 marzo 2012, n. 21; oppure (y) i termini stabiliti all'art. 2, comma 6, del D.L. 15 marzo 2012, n. 21 siano scaduti e non siano pervenute comunicazioni da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri inerenti l'esercizio di veti e/o rilievi e/o l'apposizione di condizioni in merito all'acquisizione da parte dell'Offerente delle Azioni dell'Emittente oggetto dell'Offerta, ai sensi e per gli effetti dell'art. 15 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23 e dell'art. 2 del D.L. 15 marzo 2012, n. 21 (la "Condizione Golden Power")»¹².

Quanto alla struttura dell'articolo, nel § 2 viene brevemente ricordato qual è, ad oggi, il quadro normativo italiano, stratificatosi nel corso degli anni con modifiche e integrazioni e, per questa ragione, non particolarmente chiaro. Il § 3 è dedicato all'individuazione del diritto UE applicabile, con riguardo alla disciplina italiana e alla questione della sua possibile aderenza all'ordinamento dell'Unione, tenuto conto di due diversi scenari, a seconda che l'investimento sia UE oppure extra-UE. Nel § 4 sono illustrati i problemi principali sollevati dalla pratica dei *golden powers*, in relazione ai motivi di rilevanza, *lato sensu*, pubblicistica, individuati nella disciplina italiana, che ne costituiscono il presupposto e la giustificazione, ad iniziare dalla questione del differente trattamento riservato, in detta disciplina, agli investitori extra-UE rispetto agli investitori UE. Il § 5 ha per oggetto il tema della possibile invocabilità dei *golden powers* nei confronti degli investitori UE, per com'è calibrata, in concreto, nell'ordinamento italiano. Nei §§ 6 e 7 una particolare attenzione è dedicata all'obiettivo della «stabilità finanziaria», in sinergia con le finalità della «minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato» e del «grave pregiudizio per la sicurezza e l'ordine pubblico», nell'ambito, rispettivamente, delle giustificazioni sul mercato interno e dell'art. 106 par. 2 TFUE. Il § 8 riguarda l'accesso al mercato UE dei capitali da parte dei c.d. investitori sovrani extra-UE, alla luce di quanto stabilito nel regolamento (UE) n. 452/2019 e della «tenuta» del principio della neutralità giuridica delle imprese riconosciuto nell'art. 345 TFUE. Il § 9 contiene alcune osservazioni conclusive e di sintesi.

¹² Cfr. Il Comunicato consultabile sul sito <https://morrrowsodali-transactions.com/attachments/1607701149-comunicato-20102-2023-11-2020.pdf>.

2. Norme del diritto italiano rilevanti, evoluzione del quadro normativo e sue caratteristiche principali

Nell'ordinamento italiano la disciplina sulle *golden shares*, originariamente introdotta dall'art. 2 del d.l. n. 332/1994, convertito con legge 30 luglio 1994, n. 474¹³, viene precisata nei suoi principi generali e modificata con l'art. 4 della legge 24 dicembre 2003, n. 350¹⁴ per rispondere ai rilievi all'Italia (sulla scorta di altri rilievi sollevati nei confronti di parecchi altri Stati membri) mossi, nel corso degli anni e nell'ambito della procedura d'infrazione ex art. 258 TFUE, dalla Commissione europea, gran parte dei quali condivisi e fatti propri dalla Corte di giustizia UE¹⁵. Una risposta, tuttavia, ritenuta non soddisfacente da parte della Commissione, prima, e della Corte di giustizia, poi, come si ricava dal tenore delle sentenze di quest'ultima del 2005 e del 2009¹⁶.

Con il d.l. n. 21/2012, convertito con modifiche dalla legge 11 maggio 2012, n. 56¹⁷, il legislatore italiano adotta, per la prima volta in maniera tanto sistematica e pervasiva, una disciplina ispirata dalla necessità, non soltanto di tenere conto dei profili critici individuati dalla Commissione nella sua prassi e dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, ma anche di fornire una cornice normativa che consenta d'inquadrare al meglio il fenomeno della penetrazione d'investitori extra-UE nel mercato italiano, con riferimento a settori strategici e d'interesse generale. Ciò anche qualora lo Stato italiano, pur detenendo *golden powers*, non sia titolare di *golden shares*, non sia, cioè, azionista d'impresa in relazione alle quali le autorità nazionali possono esercitare detti poteri speciali di controllo.

Alla disciplina del 2012 seguono le seguenti misure: il d.l. n. 148/2017¹⁸, il

¹³ D.l. n. 332/1994, del 31 maggio 1994, Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni, G.U. Serie Generale 1 giugno 1994, n. 126, p. 38, convertito con modificazione dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, G.U. Serie Generale 30 luglio 1994, n. 177, p. 5.

¹⁴ Legge 24 dicembre 2003, n. 350, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, G.U. Serie Generale 27 dicembre 2003, n. 299 – Supplemento Ordinario n. 196/L, p. 1.

¹⁵ Cfr. CGUE, *Commissione c. Italia*, 23 maggio 2000, causa C-58/99, ECLI:EU:C:2000:280.

¹⁶ Cfr. CGUE, *Commissione c. Italia*, 2 giugno 2005, causa C-174/04, ECLI:EU:C:2005:350 e CGUE, *Commissione c. Italia*, 26 marzo 2009, causa C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193. Con particolare riguardo all'evoluzione dell'ordinamento italiano si vedano M.T. CIRENEI, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, p. 771 ss.; F. MERUSI, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 1236 ss.; T. BALLARINO-L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Rivista delle società*, 2004, p. 2 ss.; M.T. CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2005, p. 41 ss.; F. SANTONASTASO, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema?*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 383 ss.; F. SANTONASTASO, *La "saga" della golden share tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 302 ss.; 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. pubbl. comunit.*, 2009, p. 599 ss.; S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "golden share" ai fondi sovrani)*, in C. Ibba-M.C. Malaguti-A. Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, p. 187 ss.; C. SAN MAURO, *La disciplina della nuova Golden share*, in *Federalismi*, 31 ottobre 2012.

¹⁷ D.l. n. 21/2012, convertito con modificazioni dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

¹⁸ D.l. n. 148/2017, del 16 ottobre 2017, Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esi-

d.l. n. 105/2019¹⁹, il d.l. n. 23/2020 (c.d. decreto “Liquidità”)²⁰, la legge 18 dicembre 2020, n. 176 di conversione, con modifiche, del d.l. n. 137/2020 (c.d. decreto “Ristori”)²¹, con la proroga (seppure non generalizzata in tutti i settori) della normativa rafforzata sui *golden powers* che ne è derivata e, da ultimo, il decreto attuativo emanato con d.p.c.m. n. 179/2020, in vigore a partire dal 14 gennaio 2021²².

Senza entrare nel dettaglio delle singole misure²³ e limitatamente ai profili di maggior rilievo dal punto di vista del diritto UE, allo stato attuale, le caratteristiche principali dell'intera disciplina c.d. “rafforzata”, tenuto conto delle stratificazioni e delle novità che l'hanno accompagnata e ne definiscono il contenuto (anche quale risultato degli sviluppi normativi sul piano del diritto UE e delle implicazioni della crisi da COVID-19), sono indicate qui di seguito.

In primo luogo, il numero dei settori “coperti” dai *golden powers* è progressivamente aumentato nel corso degli anni fino a ricomprendere: la difesa e le infrastrutture aerospaziali, la sicurezza nazionale, il 5G, l'energia, i trasporti, le comunicazioni e i *media* (con attenzione anche al pluralismo e alla libertà dei mezzi d'informazione), l'acqua, la salute, il trattamento e l'archiviazione di dati personale e sensibili, le infrastrutture elettorali, le infrastrutture finanziarie, la sicurezza alimentare, l'approvvigionamento di fattori produttivi critici, quali l'energia e le materie prime, le tecnologie critiche, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cybersicurezza, le nanotecnologie e le biotecnologie.

In secondo luogo, quanto alle infrastrutture finanziarie, vi sono inclusi il settore dei mercati finanziari, quello creditizio e quello assicurativo, novità assoluta, com'è stato anticipato, a quanto mi consta, in Europa²⁴. In dettaglio, nel settore finanziario i beni e i rapporti che vi rientrano sono: «a) le infrastrutture critiche, incluse le piattaforme, per la negoziazione multilaterale di strumenti finanziari o di depositi monetari, per l'offerta di servizi di base dei depositari centrali di titoli e di servizi di compensazione in qualità di controparte centrale nonché per la compensazione o il regolamento dei pagamenti»; b) le tecnologie critiche: «1) l'intelligenza artificiale e i registri distribuiti, funzionali all'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati, di cui al d.l. n. 34/2019, art. 36, comma 2-*bis*, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58; 2) digitali relative a sistemi

genze indifferibili, *G.U.* 16 ottobre 2017, n. 242, p. 1, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, *G.U.* 5 dicembre 2017, n. 284, p. 1.

¹⁹ D.l. n. 105/2019, del 21 settembre 2019, Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, *G.U.* 21 settembre 2019, n. 222, p. 8, convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 133, *G.U.* 20 novembre 2019, n. 272, p. 29.

²⁰ D.l. 8 aprile 2020, n. 23, Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali, *G.U.* Serie Generale n. 94 dell'8 aprile 2020, p. 1.

²¹ Legge 18 dicembre 2020, n. 176, Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. n. 137/2020, recante ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, *G.U.* 24 dicembre 2020, n. 319 – Supplemento Ordinario n. 43/L, p. 1.

²² Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 dicembre 2020, n. 179, Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'art. 4 par. 1 del regolamento (UE) n. 452/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'art. 2, comma 1-*ter*, d.l. n. 21/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, *G.U.* Serie Generale 30 dicembre 2020, n. 322, p. 1.

²³ Si veda A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e banche*, cit.

²⁴ Sulle ragioni di questa scelta si veda *Ibidem*.

e servizi di pagamento, di moneta elettronica e di trasferimento di denaro, gestione della liquidità, attività di prestito, *factoring*, *trading*, gestione di investimenti; 3) digitali applicate in ambito assicurativo (Insurtech); 4) per lo sviluppo di *software* per la protezione dei dati relativi alla persona, alla negoziazione e allo scambio di dati e prodotti, nonché alla gestione documentale nell'ambito della gestione delle attività finanziarie; 5) basate su registri distribuiti (*blockchain*) di cui al d.l. n. 135/2018, art. 8-ter, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, su cui operano *smart contracts* come definiti al secondo comma del medesimo articolo»; c) «le attività economiche di rilevanza strategica finanziarie, creditizie e assicurative, anche se svolte da intermediari, esercitate da imprese che realizzano un fatturato annuo netto non inferiore a 300 milioni di euro e aventi un numero medio annuale di dipendenti non inferiore a duecentocinquanta unità»²⁵.

In terzo luogo, sono tenuti alla notifica alla Presidenza del Consiglio, per quel che concerne le società operanti nei settori sopra indicati: i soggetti extra-UE in caso di acquisizione di partecipazioni di controllo, di partecipazioni di almeno il 10% (se l'operazione ha un valore superiore a 1 milione di euro (oppure di partecipazioni superiore al 15%, 20%, 25% o 50% del capitale dell'impresa *target*; i soggetti intra-UE che assumano il controllo delle imprese *target*; i soggetti, di qualsiasi nazionalità, che adottino delibere che determinano modifiche della titolarità, del controllo, della disponibilità o della destinazione degli *assets* strategici, tra le quali quelle aventi per oggetto il trasferimento d'azienda, la fusione e la scissione.

Infine, l'applicazione dei *golden powers*, rispetto ai nuovi settori d'intervento e ai nuovi soggetti tenuti alla notifica, con l'eccezione dell'ambito agroalimentare e di quello siderurgico, è prevista fino al 30 giugno 2021 e, comunque, dal 1° luglio, i poteri speciali resteranno in vigore solamente per operazioni a o intraprese da soggetti extra-UE.

3. L'individuazione del diritto dell'Unione europea applicabile, primario e derivato, la questione dell'aderenza dell'ordinamento interno all'ordinamento UE e la prospettazione di due differenti scenari, in Italia, in funzione dell'origine (UE oppure extra-UE) dell'investimento

Com'è intuibile, la problematica relativa alla legittimità dei *golden powers*, se indagata alla luce del diritto UE e, più specificamente, del giusto contemperamento tra mercato interno e sovranità socio-economica²⁶, non è di facile ri-

²⁵ Art. 8 del d.p.c.m. n. 179/2020.

²⁶ Su *golden powers* e diritto UE, con un'attenzione particolare all'ordinamento italiano, tra i lavori più recenti, si vedano L. ARDIZZONE-M. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. Comm.*, 2013, p. 919 ss.; A. SACCO GINEVRI-F. M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 109 ss.; F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 57 ss.; A. DENTAMARO, *Dai servizi di pubblica utilità alle attività strategiche: "poteri speciali" ex artt. 1 e 2 d.l. n.21/2012 nella circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, p. 344 ss.; A. COMINO, *"Golden powers" per dimenticare la "golden share": le nuove forme di intervento pubblico negli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale e delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, p. 1019 ss.; F.

soluzione. Non lo è soprattutto perché, a differenza di altri ambiti d'intervento pubblico nell'economia, laddove in particolare lo Stato, intervenendo, comprime il mercato interno europeo a favore di esigenze domestiche d'interesse generale, una chiara prassi sui *golden powers* "di nuova generazione" azionabili da parte di autorità pubbliche degli Stati membri (Italia compresa), in seno alla Commissione europea e alla Corte di giustizia, non c'è.

Peraltro, in questa epoca di riflusso dello Stato nell'economia quale risultato della crisi economica del decennio passato e della crisi da COVID-19, è evidente il delta, lo scarto che esiste tra l'atteggiamento delle istituzioni UE nella concettualizzazione e regolamentazione dei *golden powers*²⁷, da un lato, e, dall'altro, quello posto in essere, in particolare dalla Commissione, in altre aree del diritto UE del mercato e della concorrenza: la disciplina sugli aiuti di Stato, erogati, a livello nazionale, per reagire alla crisi economica, ne è un esempio lampante. Al riguardo, ricordo che la Commissione, in una molteplicità di settori, seppure non abbia sospeso a monte il controllo in merito all'erogazione, da parte delle autorità nazionali, di aiuti di Stato, certamente, a valle, lo ha reso meno stringente attraverso un dettagliato «Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19», adottato il 19 marzo 2020 ed emendato finora cinque volte²⁸. In questo contesto, oramai, sono più di trecento le decisioni di compatibilità rese, ai sensi dell'art. 107 parr. 2 e 3 TFUE, dalla Commissione, oltretutto in tempi rapidissimi²⁹.

Differente è la situazione che riguarda i rapporti tra Stato e mercato quando la cornice è quella dei *golden powers*, anche, ma non soltanto, nell'ambito bancario.

GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici*, Giappichelli, Torino, 2015; C. SAN MAURO, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla "golden share" ai "golden powers"*, in *Foro amministrativo*, 2015, p. 2951 ss.; G. SCARCHILLO, *Dalla Golden Share al Golden Power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contr. impr. Eur.*, 2015, p. 219 ss.; ID., *Privatizzazioni e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2018; P. BERTOLI, *Tutela degli investimenti esteri e rilancio dell'economia italiana*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2020, p. 3 ss.; A. SACCO GINEVRI, *L'espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2019, p. 151 ss.; P. MACCARONE, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, p. 130 ss.

²⁷ In merito a *golden powers* e crisi da COVID-19 si vedano F. ANNUNZIATA-M. SIRI, *La crisi pandemica e la regolazione dei mercati dei capitali*, in *Rivista delle Società*, 2020, p. 572 ss.; P. CAGGIANO, *COVID-19. Misure urgenti sui poteri speciali dello Stato nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni*, in *Federalismi*, 29 aprile 2020; F. GASPARI, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socio-economica e politica dell'Unione europea*, in *Federalismi*, 27 maggio 2020; A. SACCO GINEVRI, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del COVID-19*, in D. Rossano (a cura di), *COVID-19 Emergenza sanitaria ed economica. Rimedi e prospettive*, Cacucci, Bari, 2020, p. 159 ss.; A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 405 ss.; L. VASQUES, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2020, p. 119 ss.; T. PAPADOPOULOS, *COVID-19 Crisis and Screening of Foreign Direct Investments in EU Privatized Companies*, in *International Trade Law & Regulation*, 2021, p. 54 ss.

²⁸ Comunicazione della Commissione, del 19 marzo 2020, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, G.U. C 91I del 20 marzo 2020, p. 1. In tema si veda, recentissimamente, C. SCHEPISI, in questo numero della *Rivista*.

²⁹ Cfr. la lista consultabile sul sito https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html.

Come si evince dalla lettura della Comunicazione della Commissione, del 26 marzo 2020, intitolata «Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452»³⁰, è chiaro il nesso, precisato esplicitamente dalla Commissione, tra la risposta dell'Unione alla situazione di emergenza legata al COVID-19 e il trattamento degli investimenti esteri diretti. Afferma la Commissione, infatti, che «la situazione di emergenza legata al COVID-19 sta producendo effetti dilaganti sull'economia dell'Unione europea» e che, «nell'ambito della risposta complessiva alla crisi sanitaria ed economica», assume un ruolo centrale «la questione del controllo degli investimenti esteri diretti». La Commissione, inoltre, prosegue prima mettendo in evidenza che «tra le possibili conseguenze dell'attuale *shock* economico vi è un aumento del rischio potenziale per le industrie strategiche», poi, osservando che «la resilienza di tali industrie e la loro capacità di continuare a rispondere alle necessità dei cittadini dell'UE dovrebbero essere in prima linea negli sforzi congiunti sia a livello dell'Unione europea che degli Stati membri». In questo quadro, «l'apertura agli investimenti esteri deve essere bilanciata da adeguati strumenti di controllo»³¹.

Ciò detto, moltissime questioni restano tuttora in sospeso, con riguardo ai *golden powers* in generale e, in particolare, a *golden powers* e banche.

Per quanto riguarda la dimensione intra-UE degli investimenti esteri diretti, rientrando detto investimento nell'ambito di applicazione della libera circolazione dei capitali, vige la regola, riconosciuta *in primis* nell'art. 63 TFUE, per cui la misura nazionale non può restringere indebitamente il mercato. Laddove l'investimento estero sia finalizzato a istituire un legame particolarmente durevole con la società *target* attraverso l'esercizio di una sicura influenza sulle attività di quest'ultima, a trovare attuazione è l'art. 49 TFUE, cioè la libertà di stabilimento³².

Ebbene, sia che ci si trovi nell'ambito della libera circolazione dei capitali che del diritto di stabilimento, gli Stati non sono privi di strumenti per salvaguardare le 'loro' imprese. Il tema è quello della verifica circa il se e il come le autorità nazionali possano legittimamente far valere le finalità, pubblicistiche, tipizzate nelle deroghe espresse previste nei trattati³³ oppure elaborate dalla Corte di giustizia e/o dagli Stati membri e successivamente recepite dai giudici UE. Si tratta, cioè, quanto a queste ultime giustificazioni di origine pretoria,

³⁰ Comunicazione della Commissione, del 26 marzo 2020, Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) n. 452/2019, *G.U. C 99I* del 26 marzo 2020, p. 1.

³¹ *Ibidem*, p. 1.

³² Sulla dicotomia «capitali-stabilimento» vedi *infra*, in questo §.

³³ Quanto alla libertà di stabilimento, si tratta dell'art. 52, par. 1, TFUE: «1. Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica». Per quel che concerne la libera circolazione dei capitali, è l'art. 65 par. 1, lett. b), TFUE: «1. Le disposizioni dell'art. 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza».

delle esigenze imperative d'interesse generale, esigenze che via via si sono affermate nei decenni nell'ambito di tutte le libertà di circolazione, a partire dalla pronuncia *Cassis*³⁴, e continuano a consolidarsi per rispondere a, e inquadrare giuridicamente, determinati interessi degli Stati, interessi che si formano quale risultato di trasformazioni socio-economiche. È l'ordine giuridico, di matrice derogatoria piuttosto che regolatoria³⁵, che consente di ricondurre a sintesi il conflitto tra obiettivi divergenti: liberalizzazione, per un verso, tutela di valori e interessi (anche ma non soltanto) nazionali, per l'altro.

A livello di investimenti intra-UE, esistono le decisioni della Commissione e, in particolare, le sentenze della Corte di giustizia emanate nell'ambito delle procedure d'infrazione iniziate alla fine degli anni novanta, dalla sentenza del maggio 2000 concernente l'Italia fino a quella del novembre 2012 riguardante la Grecia³⁶. Si tratta di pronunce³⁷ che, con l'eccezione di quella resa nella

³⁴ Cfr. CGUE, *Rewe-Zentral AG*, 20 febbraio 1979, causa 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

³⁵ Il riferimento, ovviamente, è a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

³⁶ Cfr., oltre alle sentenze concernenti l'Italia, già citate in nota 17: CGUE, *Commissione c. Francia*, 4 giugno 2002, causa C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327; CGUE, *Commissione c. Belgio*, 4 giugno 2002, causa C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328; CGUE, *Commissione c. Portogallo*, 4 giugno 2002, causa C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326; CGUE, *Commissione c. Portogallo*, 8 luglio 2010, causa C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412; CGUE, *Commissione c. Portogallo*, 10 novembre 2011, causa C-212/09, ECLI:EU:C:2011:717; CGUE, *Commissione c. Regno Unito*, 13 maggio 2003, causa C-98/01, ECLI:EU:C:2003:273; CGUE, *Commissione c. Spagna*, 13 maggio 2003, causa C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272; CGUE, *Commissione c. Spagna*, 14 febbraio 2008, causa C-274/06, ECLI:EU:C:2008:86; CGUE, *Commissione c. Spagna*, 17 luglio 2008, causa C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428; CGUE, *Commissione c. Paesi Bassi*, 28 settembre 2006, cause riunite C-282 e 283/04, ECLI:EU:C:2006:608; CGUE, *Commissione c. Germania*, 23 ottobre 2007, causa C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623; CGUE, *Commissione c. Germania*, 22 ottobre 2013, causa C-95/12, ECLI:EU:C:2013:676; CGUE, *Commissione c. Grecia*, 8 novembre 2012, causa C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694.

³⁷ Nella sterminata letteratura, oltre ai commenti alla "saga" italiana riportati in nota 17, si vedano E. SZYSZCZAK, *Golden Shares and Market Governance*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, p. 255 ss.; H. FLEISCHER, *Case C-367/98, Commission of the European Communities v. Portuguese Republic (Golden shares); C-483/99, Commission of the European Communities v. French Republic (Golden shares); and C-503/99, Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium (Golden shares). Judgments of the Full Court of 4 June 2002*, in *CMLRev.*, 2003, p. 493 ss.; C. SAN MAURO, *Golden shares, poteri speciali e tutela di interessi nazionali essenziali*, Luiss University Press, Roma, 2003; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle imprese partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 157 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 *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 861 ss.; E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 145 ss.; P. ZUMBANSEN-D. SAAM, *The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism*, in *German Law Journal*, 2007, p. 1027 ss.; L.C. BACKER, *The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law*, in *Tulane Law Review*, 2007-2008, p. 1801 ss.; C. SPATTINI, *Vere e false «golden share» nella giurisprudenza comunitaria. La deriva sostanzialistica della Corte di Giustizia, ovvero il «formalismo» del principio della «natura della cosa»: il caso Volkswagen e altro*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 303 ss.; F. MUCCIARELLI, *La sentenza Volkswagen e il pericolo di una convergenza forzata fra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 273 ss.; A. BIONDI, *When the State is the Owner – Some Further Comments on the Court of Justice «Golden Shares» Strategy*, in U. Bernitz-W.-G. Ringe (a cura di), *Company Law and Economic Protectionism. New Challenges to European Integration*, Oxford, 2010, p. 95 ss.; M. O'BRIEN, *Case C-326/07, Commission of the European Communities v. Italian Republic, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 26 March 2009, not yet reported*, in *CML-Rev.*, 2010, p. 241 ss.; L. SCIPIONE, *La «golden share» nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile*, in *Soc.*, 2010, p. 855 ss.; G. PATTI, *I diritti speciali dello Stato tra libera circolazione dei capitali, golden shares e regole di diritto societario*, in

causa *Commissione c. Belgio*, del 4 giugno 2002, hanno comportato la condanna dello Stato membro coinvolto rispetto alle *golden shares* intra-UE previste nell'ordinamento nazionale, rispetto, cioè, a normative nazionali e statuti societari indirizzate/i a investitori stabiliti nel territorio dell'Unione, in merito a settori, prevalentemente³⁸ riconducibili a servizi d'interesse economico generale³⁹, differenti da quello bancario. Quanto ai *golden powers* "di ultima generazione", anche con riferimento al settore bancario, recentemente, né sono state rese sentenze da parte dei giudici UE né sono stati adottati atti di diritto derivato specificamente indirizzati a uno o più Stati membri volti a verificare la legittimità delle normative nazionali: è assente, dunque, una prassi della Corte di giustizia e della Commissione attinente alla verifica delle molteplici discipline interne che, in questi ultimi anni⁴⁰, sono state emanate al fine di regolamentare contenuto, portata, estensione e funzionamento dei *golden powers*. Va, tuttavia, ricordata una sentenza pregiudiziale di tipo interpretativo, non dunque emanata al termine della procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 260 TFUE, avente per oggetto l'interpretazione, in particolare, degli artt. 49 e 63 TFUE, nonché degli artt. 15 e 16 della direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica⁴¹, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE⁴². Si tratta di una pronuncia che trae origine da una domanda pregiudiziale presentata nell'ambito di una

Europa e diritto privato, 2, 2011, p. 541 ss.; G. SCARCHILLO, *Privatizations, Control Devices and Golden Share. The Harmonizing Intervention of the European Court of Justice*, in *Comparative Law Review*, 2012, p. 1 ss.; L. CALZOLARI, *Ancora una pronuncia in tema di poteri speciali nelle imprese privatizzate: anche la golden share ellenica non sfugge alla censura della Corte di Giustizia*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 571 ss.; D. GALLO, *Corte di giustizia, golden shares e investimenti sovrani*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 916 ss.; N. RUCCIA, *The New (and Shy) Approach of the Court of Justice Concerning Golden Shares*, in *European Business Law Review*, 2013, p. 275 ss.; M. LAMANDINI, *Golden share e libera circolazione dei capitali in Europa e in Italia*, in *Giur. Comm.*, 2016, p. 671 ss.; M. LAMANDINI-F. PELLEGRINI, *Capitolo terzo – Investimenti diretti e investimenti di portafoglio tra diritto di stabilimento e libera circolazione dei capitali*, in M.V. Benedettelli-M. Lamandini (a cura di), *Diritto societario europeo e internazionale*, 2016, p. 89 ss.; M. LAMANDINI-F. PELLEGRINI, *Capitolo quarto – Investimenti diretti e investimenti di portafoglio tra diritto di stabilimento e libera circolazione dei capitali*, *ibidem*, 2016, p. 107 ss.

³⁸ Con l'eccezione delle sentenze *Commissione c. Germania* del 23 ottobre 2007 e *Commissione c. Germania* del 22 ottobre 2013, già citate, nelle quali la Corte di giustizia si è pronunciata sulla legittimità di una normativa tedesca conferente particolari vantaggi allo Stato in relazione alla società *Volkswagenwerk*, in tutte le altre cause il problema della legittimità delle *golden shares* con il TFUE riguarda attività rientranti a pieno titolo nel concetto di servizio pubblico economico.

³⁹ Su questo aspetto si rinvia a D. GALLO, *Corte di giustizia*, cit., pp. 920-921.

⁴⁰ Ad esempio in Francia, Spagna e Germania. Per alcuni studi comparati, centrati sul territorio europeo, si vedano G. SCARCHILLO, *Privatizzazioni*, cit., T. PERROUD, *The screening on foreign direct investment in France*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, p. 71 ss.; J. VON ANDREAE, *Challenges in a new reality: German foreign investment control in times of change*, *ibidem*, p. 77 ss.; con riferimento alla crisi da COVID-19 si veda A. SACCO GINEVRI, *I golden powers*, cit., p. 163.

⁴¹ Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), *G.U. L.* 108 del 24 aprile 2002, p. 33.

⁴² Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, *G.U. L.* 337 del 18 dicembre 2009, p. 37.

controversia tra, da un lato, Vivendi SA e, dall'altro, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni italiana e Mediaset SpA, in merito ad una disposizione del diritto italiano che vieta ad un'impresa di conseguire ricavi superiori al 10% dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni, qualora tale impresa detenga una quota superiore al 40% dei ricavi complessivi del settore delle comunicazioni elettroniche. Come sarà precisato nel prosieguo di questo §, la Corte di giustizia, nel concludere che il diritto UE «deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro»⁴³ come quella italiana, si sofferma sulla spinosa questione del diritto dell'Unione applicabile (norme sullo stabilimento oppure norme sui capitali), confermando l'approccio adottato nella sentenza riguardante la Grecia del novembre 2012.

Per quel che riguarda agli investimenti provenienti da imprese stabilite in Paesi terzi, un atto, già menzionato nel § 1, c'è: il regolamento (UE) n. 452/2019, pienamente applicabile, ai sensi dell'art. 17, dall'11 ottobre 2020, il cui contenuto è stato precisato dalla Commissione con gli «Orientamenti», anch'essi già menzionati (nel § 2)⁴⁴.

Il regolamento, come affermato nel suo *considerando* 6, istituisce, ex artt. 3 par. 1, lett. e) e 207 par. 2 TFUE, nell'ambito della politica commerciale comune – rispetto alla quale l'Unione ha competenza esclusiva⁴⁵ –, un quadro europeo⁴⁶ per il controllo degli investimenti esteri diretti nel territorio UE, investi-

⁴³ CGUE, *Vivendi*, 3 settembre 2020, causa C-719/18, ECLI:EU:C:2020:627, punto 80.

⁴⁴ Sul regolamento si vedano B.P. AMICARELLI, *Il controllo degli investimenti stranieri nel regolamento europeo del 2019*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, p. 763 ss.; G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in questa *Rivista*, 2019, p. 2 ss.; C. PETTINATO, *The new EU regulation on foreign direct investment screening: rationale and main elements*, *ibidem*, p. 57 ss.; G. PITRUZZELLA, *Foreign direct investment screening in EU*, *ibidem*, p. 63 ss.; S. VELLUCCI, *The New Regulation on the screening of FDI: the quest for a balance to protect EU's essential interests*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2019, p. 142 ss.; R. DALMAS, *Le contrôle des investissements étrangers: vers la mondialisation du protectionnisme?*, in *La semaine juridique. Entreprises et affaires*, 2020, p. 26 ss.; G. SCARCHILLO, *Golden powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2020, p. 569 ss. Con particolare riguardo all'Italia, si vedano M. D'ALBERTI, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. Napolitano (a cura di), *op. cit.*, p. 83 ss.; G. NAPOLITANO, *Foreign direct investment screening: open questions and future challenges*, *ibidem*, p. 9 ss.; R. GAROFOLI, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, *ibidem*, p. 91 ss.

⁴⁵ Su investimenti esteri diretti e politica commerciale si vedano A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, 2011; i contributi in M. Bungenberg-J. Griebel-S. Hindelang (a cura di), *International Investment Law and EU Law*, in *European Yearbook of International Economic Law. Special Issue*, 2011. Importanti chiarimenti sono contenuti in CGUE, Parere 2/15, 16 maggio 2017, ECLI:EU:C:2017:376, punti 78-110.

⁴⁶ Gli Stati membri, dunque, non possono concludere autonomamente accordi con Stati terzi in questo settore e non possono attuare autonomamente contromisure nei confronti di questi ultimi, ad esempio, ritenendo che non ci sia reciprocità sul piano dei rapporti commerciali. Al riguardo, mi limito a evidenziare che i trattati commerciali di nuova generazione conclusi dall'Unione, in fase di ratifica da parte di quest'ultima oppure in corso di negoziazione, vincolanti per tutti i Paesi membri, includono una dettagliata disciplina sugli investimenti esteri diretti. Nel caso in cui vengano accordi di questo tipo con lo Stato terzo nel quale è stabilito l'investitore extra-UE nei confronti del quale l'Italia o un altro Paese intende applicare i rispettivi *golden powers*, evidentemente, l'autorità pubblica coinvolta deve essere particolarmente accorta così come particolarmente elaborata deve essere l'interlocazione tra Stato e Commissione. Per una lista degli accordi commerciali cfr. la lista consultabile sul sito <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/>. Sulla relazione tra controllo e diritto internazionale degli investimenti si veda G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra discipline nazionali in materia di foreign direct investment screening e diritto internazionale degli investimenti*, in G. Napolitano (a

menti, cioè, che «stabiliscono o mantengono legami durevoli e diretti tra investitori di paesi terzi, compresi le entità statali, e le imprese che esercitano un'attività economica in uno Stato membro»⁴⁷. Grazie al regolamento, l'Unione e gli Stati membri possono adottare, in «tutti i settori dell'economia» e al di là di una «soglia» prestabilita⁴⁸, per motivi di sicurezza e/o di ordine pubblico, misure restrittive nei confronti degli investimenti esteri diretti, purché siano rispettate talune condizioni, nel quadro di un meccanismo di cooperazione tra gli Stati membri e tra questi ultimi e le istituzioni UE, sulla scorta di meccanismi già funzionanti in numerosi *partners* commerciali dell'Unione⁴⁹, e prevedendo altresì per la Commissione europea la possibilità di emettere pareri su tali investimenti⁵⁰. Il regolamento, dunque, consente agli Stati membri di derogare alla libera circolazione dei capitali ai sensi dell'art. 65, par. 1, lett. b) TFUE⁵¹, restando impregiudicata la responsabilità esclusiva delle autorità degli Stati per quanto riguarda la tutela della sicurezza nazionale, nei confini prefigurati nell'art. 4, par. 2, TUE e nell'art. 346 TFUE⁵². Quanto agli investimenti di portafoglio, sottolinea la Commissione negli «Orientamenti» del marzo 2020 che essi possono essere controllati dagli Stati membri nel rispetto delle disposizioni del trattato in materia di libera circolazione dei capitali, tenuto conto della circostanza che detti investimenti, «non conferendo all'investitore un'influenza effettiva sulla gestione e sul controllo di una società», comportano meno frequentemente problematiche in termini di sicurezza o di ordine pubblico rispetto agli investimenti esteri diretti. Tuttavia, viene precisato negli «Orientamenti» che gli investimenti di portafoglio, qualora rappresentino l'acquisizione di una partecipazione almeno qualificata che conferisca determinati diritti all'azionista o agli azionisti collegati a norma del diritto societario nazionale, possono comunque indurre le autorità nazionali a intervenire e salvaguardare settori delle loro economie per ragioni riconducibili alla sicurezza e all'ordine pubblico⁵³.

Al cuore del regolamento si situano il *considerando* 13 e l'art. 4, da cui si evince che esistono alcuni fattori, non indicati in termini esaustivi come riconosciuto nel *considerando* 12, sulla base dei quali le autorità nazionali determinano se l'investimento estero diretto può incidere sulla sicurezza e/o l'ordine pubblico. Si tratta degli effetti potenziali su sicurezza e/o ordine pubblico generati dagli investimenti a livello sia di infrastrutture e tecnologie critiche sia di fattori produttivi che siano essenziali per la sicurezza o il mantenimento dell'ordine pubblico, tenuto conto del contesto e delle circostanze che hanno comportato l'investimento, in particolare della possibilità che un investitore estero sia controllato direttamente o indirettamente da parte del governo di un Paese terzo oppure persegua progetti o programmi all'estero riconducibili alle autorità di quello Stato.

cura di), *op. cit.*, p. 175 ss. e, dal punto di vista del diritto internazionale pubblico e dell'economia, si vedano S. BARIATTI, *Current trends in foreign direct investment: open issues on national screening systems*, *ibidem*, p. 39 ss. e L. FUMAGALLI, *The global rush towards national screening systems on foreign direct investment: a movement facing no limits? Remarks from the point of view of public international law*, *ibidem*, p. 45 ss.

⁴⁷ Cfr. il *considerando* 9 del regolamento (UE) n. 452/2019.

⁴⁸ Cfr. il punto 1 dell'Allegato agli «Orientamenti».

⁴⁹ Cfr. il *considerando* 5 del regolamento (UE) n. 452/2019.

⁵⁰ Cfr. i *considerando* 3, 16, 17, 18 e gli artt. 1, 6, 7, 8 del regolamento (UE) n. 452/2019.

⁵¹ Cfr. il *considerando* 4 del regolamento (UE) n. 452/2019.

⁵² Cfr. il *considerando* 7 e l'art. 1 par. 2 del regolamento (UE) n. 452/2019.

⁵³ Cfr. il punto 3 degli «Orientamenti».

In particolare, ai fini della presente analisi, l'art. 4 par. 1 lett. a) prevede che tra le «infrastrutture critiche» siano ricomprese anche quelle «finanziarie».

Ebbene, quanto accade, oggi, con riferimento a *golden powers* e banche, nella prospettiva dell'attuale fase di risposta europea alla crisi da COVID-19, è paradigmatico: la globalizzazione determina, in maniera rapida e a gradazioni differenti nei vari paesi, cambiamenti nel mercato e amplia i segmenti dello stesso, come quello creditizio, ai quali soggetti stranieri possono accedere. L'emergenza sanitaria, e quella economica che ne è conseguita, per canto suo, impone un ripensamento, consentendo alle autorità nazionali d'invocare con maggior margine di successo, rispetto all'epoca antecedente al COVID-19, le giustificazioni d'interesse generale già riconosciute nella giurisprudenza UE, oppure d'invocarne di nuove. L'apertura dei mercati, però, resta la regola, mentre la restrizione è l'eccezione. In particolare, attraverso il regolamento (UE) n. 452/2019, l'Unione eleva eccezioni d'interesse generale, comunitarizzandole; tuttavia, pur sempre di eccezioni si tratta. Analogamente, c'è da chiedersi fino a che punto la temporaneità di una crisi, come quella prodotta dal COVID-19, si riverberi sulla temporaneità dello strumento derogatorio a disposizione degli Stati. Stati che tornano a svolgere le funzioni di "doganiere", guardiani di confini, emancipandosi ulteriormente dal mantra dello Stato meramente regolatore nato negli anni '90⁵⁴.

Al cuore del progressivo rafforzamento della disciplina italiana sui *golden powers* si situa proprio la circostanza che in una molteplicità di settori, incluso quello bancario, la pandemia possa aggravare, se non piegare *ad libitum*, intere filiere produttive, favorendo l'ingresso di soggetti, extra-UE ed UE, i quali, oltre a costituire, in qualche caso, una minaccia per il tessuto socio-economico italiano, verosimilmente non sarebbero in grado, oppure non avrebbero lo stimolo/la volontà, di gestire *assets* strategici o erogare servizi essenziali in maniera adeguata.

In questo quadro, esistono due scenari, in Italia⁵⁵, quanto a *golden powers* e banche⁵⁶. Il primo: l'investitore è stabilito in uno Stato membro dell'Unione. Il secondo scenario: l'investitore è stabilito al di fuori dell'Unione.

Se l'investitore è extra-UE, trova applicazione il regolamento (UE) n. 452/2019. Se l'investitore è stabilito in uno dei Paesi membri, il regolamento, invece, è inapplicabile. A questo proposito, però, va osservato⁵⁷ che se un investitore extra-UE costituisce una *shell company* in uno Stato membro per sfuggire al meccanismo di *screening*, le autorità competenti di quello Stato devono verificare se, *de facto*, l'investitore non abbia caratteristiche tali da essere considerato un investitore extra-UE. Il tema, evidentemente, è quello

⁵⁴ Termine mutuato (e suggestione tratta) da G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, p. 549 ss.

⁵⁵ Alcune delle considerazioni che seguono in questo § e nei §§ successivi valgono sia per le banche che per gli altri settori, mentre altre si applicano esclusivamente al settore bancario.

⁵⁶ Su *golden powers* e istituzioni finanziarie si vedano S. ALVARO-M. LAMANDINI-A. POLICE-I. TAROLA, *op. cit.*; F. BASSAN, *Prime note prospettiche sul Golden power applicato a banche e assicurazioni*, in *Diritto Bancario*, 20 aprile 2020; F. CAPRIGLIONE, *La finanza UE al tempo del coronavirus*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2020, p. 37 ss.; R. LENER, *Golden powers e investimenti esteri nelle infrastrutture finanziarie*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2020, p. 228 ss.; A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e infrastrutture finanziarie dopo il Decreto Liquidità*, in *Diritto Bancario*, 9 aprile 2020; ID., *Golden powers, banche e assicurazioni: le ragioni di un difficile incontro*, in *Diritto Bancario*, 18 novembre 2020.

⁵⁷ Si vedano le riflessioni di C. PETTINATO, *op. cit.*, pp. 60-61.

dell'abuso del diritto e del suo effetto utile nell'ordinamento dell'Unione⁵⁸.

Ora, cosa comporta, nella pratica, la dicotomia, sopra tracciata, tra applicazione del regolamento (investitori extra-UE) e applicazione della "sola" giurisprudenza UE (investitori UE)? Al netto del meccanismo di cooperazione tra Commissione e Stati membri, stabilito solamente per gli investitori extra-UE, contenuto nel regolamento (UE) n. 452/2019, in termini sostanziali, mi pare che esistano due fondamentali differenze: la prima, per la cui trattazione si rinvia al § 4, attiene alla natura e ai limiti delle eccezioni utilizzabili dagli Stati per restringere l'accesso degli investimenti ai loro mercati. In breve e anticipando quanto sarà affermato nel prosieguo dell'analisi: pur trovando attuazione, in un'ipotesi come nell'altra, il ragionamento formulato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza sulle *golden shares* intra-UE, le autorità nazionali, con riguardo agli investimenti extra-UE rientranti nel regolamento (UE) n. 452/2019, possono godere di un maggiore margine regolatorio per limitare la penetrazione nel loro mercato di investimenti esteri diretti.

La seconda differenza riguarda le implicazioni connesse all'individuazione del diritto UE applicabile a seconda che l'investitore sia extra-UE oppure UE. La questione è quella di comprendere quale sia il diritto applicabile quando in gioco c'è una *golden share*: norme sui capitali e/o norme sullo stabilimento? La rilevanza della domanda è evidente: mentre l'art. 49 TFUE, come noto, in tema di stabilimento, conferisce prerogative solamente a soggetti UE, l'art. 63 TFUE, in tema di capitali, è indirizzato sia a soggetti UE che extra-UE. Le norme sui capitali, dunque, possono essere invocate e azionate anche da investitori extra-UE, non le norme sullo stabilimento, le quali, invece, sono azionabili soltanto da soggetti stabiliti nel territorio dell'Unione. Insomma, l'investitore extra-UE, così come l'impresa europea che è *target* dell'investimento, può adire il giudice di uno dei Paesi membri e contestare la decisione di *screening* posta ivi in essere o le modalità con le quali una tale decisione è stata adottata, con possibile rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sulla base dell'art. 267, par. 1, lett. a), TFUE, circa l'interpretazione di norme del regolamento (UE) n. 452/2019. Inoltre, può accadere che l'investitore extra-UE si rivolga alla Commissione europea con l'obiettivo ultimo d'indurre quest'ultima ad attivare una procedura d'infrazione, ex art. 258 TFUE, laddove si realizzino violazioni del regolamento e dell'ordinamento UE nel suo complesso, ad esempio sotto il profilo del principio della leale collaborazione tra Stati ed istituzioni UE ai sensi dell'art. 4 par. 3 TUE, disposizione questa richiamata nel *considerando* 17 del regolamento⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. il *considerando* 10 del regolamento (UE) n. 452/2019.

⁵⁹ Al riguardo, una questione rilevante, finora non affrontata né dalla Corte di giustizia né in letteratura, è se i pareri della Commissione di cui agli artt. 6, 7 e 8 del regolamento possano essere sottoposti al controllo, diretto o indiretto, della Corte di giustizia, rispettivamente, ai sensi dell'art. 263 TFUE (ricorso per annullamento) e dell'art. 267 par. 1, lett. b) TFUE (rinvio pregiudiziale di validità). Mi sembra si possa affermare che si tratta di atti endoprocedimentali, di natura non vincolante e insuscettibili di limitare *de iure* la discrezionalità degli Stati membri, adottati nell'ambito di un procedimento composito che si conclude con una decisione dell'autorità nazionale, non della Commissione. Da qui la conclusione, in ossequio alla giurisprudenza UE (da ultimo, CGUE, 20 febbraio 2018, *Belgio c. Commissione*, causa C-16/16 P, ECLI:EU:C:2018:79), che i pareri non possono essere oggetto di un ricorso per annullamento esperibile né dagli Stati coinvolti (dove l'investimento è effettuato) né, *a fortiori*, dagli investitori extra-UE o dalle società *target*, ricorso quest'ultimo i cui presupposti sono ancora più stringenti, come noto. D'altra parte, mi sembra che il giudice nazionale abbia la facoltà di rivolgersi alla Corte di giustizia ex art. 267 par. 1, lett. b) TFUE, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale di validità, per verificare se i pareri di cui agli artt. 6, 7 e 8 del regolamento siano conformi a quest'ultimo e all'ordinamento UE nel suo

Riprendendo la domanda posta poco sopra, a fronte di una giurisprudenza della Corte di giustizia poco chiara, non scevra di tentennamenti e *twists*, ad oggi, vale quanto ribadito in *Vivendi* del settembre 2020, sopra citata: mentre l'investimento finanziario e l'investimento diretto ricadono nell'art. 63 TFUE, l'art. 49 TFUE si applica in relazione ad «acquisizioni di partecipazioni che consentono di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società e di determinare le attività di quest'ultima»⁶⁰, in linea con il c.d. «criterio Baars» enucleato, appunto, in ambito tributario, nella sentenza *Baars*⁶¹. Resta il dubbio⁶² che non esista un confine netto tra questo tipo di investimento e l'investimento diretto⁶³, definito⁶⁴ quale «investimento di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica»⁶⁵.

In ogni caso, se l'esistenza di una dicotomia tra art. 49 TFUE sulla libertà di stabilimento e art. 63 TFUE sulla libera circolazione dei capitali non ha riflessi concreti, quanto agli investitori UE, titolari di diritti ai sensi di entrambe le norme, il discorso è diverso qualora operazioni, effettuate da un investitore extra-UE, siano suscettibili di «esercitare una sicura influenza sulle decisioni» della società. Il problema, pertanto, attiene non all'invocabilità, a valle, delle giustificazioni d'interesse generale, da parte dello Stato, quanto alla possibilità per le autorità nazionali d'impedire, a monte, un tale investimento, trovando attuazione l'art. 49 TFUE, quale disposizione inapplicabile *ratione personae* nei confronti di soggetti extra-UE. Ad oggi, mi pare che non esista un criterio generale utilizzabile in ogni caso e che consenta sempre e *a priori* di determinare l'attuazione dell'art. 49 TFUE o dell'art. 63 TFUE. Da qui la necessità di condurre un'analisi caso per caso e che sia idonea a individuare le specificità della fattispecie concreta, alla luce del tipo di transazione economica effettuata dall'investitore⁶⁶, tenuto conto della possibile sinergia e complementarietà delle norme sulla libera circolazione dei capitali e di quelle sulla libertà di stabilimento.

complesso. Insomma, l'investitore extra-UE, così come l'impresa *target*, avrebbero a disposizione lo strumento del ricorso indiretto, piuttosto che percorrere la via offerta dall'art. 263 TFUE.

⁶⁰ Causa *Vivendi*, cit., punto 40.

⁶¹ CGUE, *Baars*, 13 aprile 2000, causa C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205, punto 34. In tema si veda, tra gli altri, J. RICKFORD, *Protectionism, Capital Freedom, and the Internal Market*, in U. Bernitz-W.-G. Ringe (a cura di), *op. cit.*, p. 81 ss.

⁶² Sul tema si veda in generale ed *amplius* S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment. The Scope of Protection in EU Law*, Oxford, 2009, pp. 42-80 e 81-114.

⁶³ In materia, in merito alle *golden shares*, si vedano 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 *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 861 ss.; F. BENYON, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms. From Maastricht to Lisbon*, Oxford-Portland, 2010, pp. 1-2; D. GALLO, *Corte di giustizia*, cit., pp. 923-933; ID., *On the Content and Scope of National and European Solidarity Under Free Movement Rules: The Case of Golden Shares and Sovereign Investments*, 2016, p. 823 ss., pp. 833-841; M. LAMANDINI-F. PELLEGRINI, *op. cit.*

⁶⁴ Cfr. l'allegato I della direttiva 88/361/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1988, per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato, G.U. L 178 del 8 luglio 1988, p. 5.

⁶⁵ Cfr. l'art. 2 del regolamento (UE) n. 452/2019.

⁶⁶ Così S. HINDELANG, *op. cit.*, pp. 82-84.

4. I problemi “sul tappeto” posti dalla pratica dei *golden powers*, in relazione ai motivi d’interesse generale, individuati nella disciplina italiana, che ne costituiscono il presupposto: il differente trattamento degli investitori extra-UE rispetto agli investitori UE (I)

Procedo, ora, a confrontarmi con la questione delle deroghe invocabili dagli Stati membri nell’ambito delle libertà di circolazione, per giustificare, nel rispetto del diritto UE, le loro normative sui *golden powers*. Al riguardo, a titolo preliminare, preciso che i motivi richiamati nella disciplina italiana, dal d.l. n. 21/2012 ad oggi, per azionare i *golden powers*, sono: l’esistenza di motivi oggettivi che facciano ritenere possibile la sussistenza di legami tra l’acquirente e Paesi terzi che non riconoscono i principi di «democrazia», lo «Stato di diritto», le «norme del diritto internazionale» oppure che «hanno rapporti con organizzazioni criminali o terroristiche o con soggetti ad esse comunque collegati»⁶⁷; il «pericolo per la sicurezza e l’ordine pubblico»⁶⁸; la «minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato»⁶⁹.

La prima domanda da farsi⁷⁰ è se il diritto UE osti a che una normativa, come quella italiana, preveda un regime meno favorevole nel caso in cui gli investitori siano extra-UE (notifica per le partecipazioni che attribuiscono una quota almeno pari al 10%) rispetto al trattamento riservato agli investitori UE (notifica per partecipazioni che determinano l’insediamento stabile dell’acquirente in ragione dell’assunzione del controllo della società). La domanda vale, anche ma non solamente, per il settore bancario.

La risposta è negativa. In primo luogo, il fatto stesso che esista il regolamento (UE) n. 452/2019 e che esso, nel prevedere un meccanismo di controllo degli investimenti esteri diretti, sia indirizzato soltanto agli investitori extra-UE, rende palese che un’asimmetria nel trattamento degli investimenti UE ed extra-UE è ammissibile. In secondo luogo, negli “Orientamenti” del marzo 2020 è esplicitamente chiarito che «le restrizioni ai movimenti di capitali a destinazione di paesi terzi o in provenienza da essi si collocano in un contesto giuridico differente rispetto alle restrizioni che riguardano i movimenti di capitali all’interno dell’Unione»⁷¹. Da qui la duplice conclusione che, «nel caso delle restrizioni applicate a operazioni che coinvolgono paesi terzi, possono essere ammessi ulteriori motivi di giustificazione» e che «i motivi di giustificazione ammissibili possono anche essere intesi in un senso più ampio»⁷².

Gli ulteriori motivi di giustificazione possono riguardare, più specificamente, la trasparenza circa la *governance* societaria dell’investitore e/o i rapporti tra quest’ultimo e i Paesi terzi nel quale egli è stabilito.

La circostanza che le giustificazioni possano essere intese «in un senso più ampio» significa che l’interpretazione e l’applicazione delle deroghe espresse nei trattati (sicurezza e ordine pubblico), così come delle esigenze imperative di origine giurisprudenziale, può avvenire in maniera meno rigorosa di quanto accade con riferimento agli investitori UE, come peraltro parte della dottrina

⁶⁷ Cfr. d.l. n. 21/2012, art. 1, comma 3, lett. b).

⁶⁸ Cfr. d.l. n. 21/2012, art. 2, comma 6.

⁶⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁷⁰ Per le altre domande vedi *infra*, i §§ seguenti.

⁷¹ Cfr. il punto 4 degli “Orientamenti”.

⁷² *Ibidem*.

aveva ipotizzato anni fa, per esempio in materia d'investitori sovrani⁷³. Insomma, una declinazione meno restrittiva e *hard* del principio di proporzionalità in merito all'idoneità e alla necessità della misura nazionale.

Prima dell'adozione degli "Orientamenti", non essendoci giurisprudenza nel settore degli investimenti esteri diretti extra-UE, la cristallizzazione di un vero e proprio *divide* tra le due tipologie d'investimento (in funzione della sua origine), dal punto di vista della portata e del potenziale delle esigenze imperative, non pareva configurabile. Solo in via analogica, pensando ad altri ambiti del diritto UE, una tale divergenza sembrava concepibile. Nel settore fiscale, in particolare, la distinzione c'è: si pensi, oltre al caso *Test Claimants*⁷⁴, citato dalla Commissione negli "Orientamenti"⁷⁵, anche alle sentenze *Skatteverket*⁷⁶ e *Orange European Smallcap Fund*⁷⁷. In *Test Claimants* viene ammesso che «uno Stato membro possa dimostrare che una limitazione dei movimenti di capitali a destinazione di paesi terzi o in provenienza da essi sia giustificata da un determinato motivo in circostanze in cui tale motivo non potrebbe costituire una giustificazione valida per una restrizione ai movimenti di capitali tra Stati membri»⁷⁸. In *Skatteverket*, la Corte precisa che le norme sulla libera circolazione dei capitali «devono essere interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro in forza della quale l'esenzione dall'imposta sul reddito di dividendi, distribuiti in forma di azioni di una società controllata, può essere concessa soltanto se la società che effettua la distribuzione è stabilita in uno Stato membro dello Spazio economico europeo»⁷⁹. Quanto ad *Orange European Smallcap Fund*, è osservato che dette norme «non ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella in questione nella causa principale, la quale, prevedendo a favore degli organismi di investimento collettivo a carattere fiscale stabiliti nel territorio di tale Stato una compensazione destinata a tener conto dei prelievi fiscali effettuati alla fonte da un altro Stato membro sui dividendi versati ai detti organismi, limiti tale compensazione all'importo che una persona fisica residente nel territorio del detto primo Stato membro avrebbe potuto imputare, in ragione di prelievi analoghi, in virtù di una convenzione diretta a prevenire le doppie imposizioni conclusa con l'altro Stato membro summenzionato»⁸⁰. In un caso come nell'altro è, pertanto, ritenuto ammissibile riservare un trattamento fiscale favorevole a soggetti stabiliti nel territorio dell'Unione europea.

Allo stato attuale, grazie a quanto affermato negli "Orientamenti", il problema mi sembra tendenzialmente risolto. "Tendenzialmente" perché un conto è ritenere, come fa la Commissione, che, nei confronti d'investitori extra-UE, esistano motivi diversi da quelli invocabili nei confronti degli investitori UE oppure, come osserva la Commissione, che le giustificazioni possono essere

⁷³ Si vedano H. SCHWEITZER, *Sovereign Wealth Funds: Market Investors or "Imperialist Capitalists"? The European Response to Direct Investment by Non-EU State-Controlled Entities*, in C. Herrmann-J. P. Terhchte (a cura di), *European Yearbook of International Economic Law*, Springer, Berlin, 2011, p. 79 ss., pp. 103-108; D. GALLO, *On the Content*, cit., pp. 844-845.

⁷⁴ CGUE, *Test Claimants*, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774.

⁷⁵ Cfr. il punto 4 degli "Orientamenti".

⁷⁶ CGUE, *Skatteverket*, 18 dicembre 2007, causa C-101/05, ECLI:EU:C:2007:804.

⁷⁷ CGUE, *Orange European Smallcap Fund*, 20 maggio 2008, causa C-194/06, ECLI:EU:C:2008:289.

⁷⁸ Causa *Test Claimants*, cit., punto 171.

⁷⁹ Causa *Skatteverket*, cit., punto 67.

⁸⁰ Causa *Orange European Smallcap Fund*, cit., punto 65.

maggiormente dilatate, nel loro *scope*, quando operano nei confronti degli investitori extra-UE. Un altro conto è ritenere che uno Stato possa adottare misure, nella loro struttura e nelle loro finalità, radicalmente differenti a seconda che l'investitore sia UE oppure extra-UE. In ogni caso, ad oggi, mi pare ragionevole escludere che la distinzione prefigurata nell'ordinamento italiano (da un lato, il presupposto del controllo per gli investitori UE, l'attribuzione di una quota fino al 10% per gli investitori extra-UE, dall'altro) sia suscettibile di sollevare particolari criticità in sede europea qualora un investitore extra-UE volesse contestarla tramite un ricorso giurisdizionale davanti a un tribunale italiano oppure sollecitando l'intervento della Commissione europea ai sensi dell'art. 258 TFUE⁸¹.

5. L'invocabilità nei confronti degli investitori UE (II)

Un secondo problema cruciale, anche questo riguardante anche ma non esclusivamente il settore bancario, attiene all'applicazione dei *golden powers* agli investitori UE, com'è stato previsto nel "decreto liquidità", novità assoluta nel panorama europeo. La domanda è, dunque, se una tale estensione *ratione personae* sia legittima ai sensi del diritto UE. Come scritto, ci troviamo al di fuori del regolamento (UE) n. 452/2019 dato che quest'ultimo ha per oggetto gli investimenti extra-UE.

Gli Stati membri hanno a disposizione due strumenti normativi, di natura derogatoria: il primo, tipizzato nei trattati, è l'art. 65, par. 1, lett. b), TFUE, in base al quale le disposizioni dell'art. 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri «di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza»; il secondo è quello offerto dalla clausola delle esigenze imperative d'interesse generale, per come elaborata dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza. In entrambi i casi, una misura restrittiva del mercato intra-UE, anche legislativa, come quella di cui all'art. 15, comma 3-*bis*, lett. b) del "decreto liquidità", per essere ritenuta ammissibile ai sensi del diritto UE, deve essere idonea a perseguire l'obiettivo legittimo prefissato, nonché essere necessaria e proporzionata⁸².

Al riguardo, la giurisprudenza UE in tema di *golden shares* è molto restrittiva per quel che concerne la loro ammissibilità. Come anticipato nel § 3, solamente nel caso belga, la Commissione, ad avviso della Corte di giustizia, a seguito della procedura d'infrazione, avrebbe avuto torto nel rilevare l'incompatibilità della normativa nazionale con le libertà del mercato.

Ciò detto, a mio giudizio, l'estensione dei *golden powers* agli investitori UE, oltre che extra-UE, non può essere considerata *a priori* in contrasto con il diritto UE per gli ambiti coperti dalla normativa italiana. Quanto al settore bancario, non mi pare ci siano dubbi circa il carattere strategico e d'interesse generale dei servizi erogati dagli istituti di credito.

La circostanza che l'applicazione dei *golden powers* a soggetti appartenenti all'Unione sia condizionata, come stabilito nell'art. 15, comma 3-*bis*, lett. b) del d.l. n. 23/2020, al presupposto che si tratti di acquisti «a qualsiasi titolo di par-

⁸¹ Vedi i cenni svolti *supra*, § 3.

⁸² Sul funzionamento del principio di proporzionalità nell'ambito delle giustificazioni d'interesse generale, espresse e non, si veda, approfonditamente, C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*⁶, Oxford, 2019, pp. 510-514 e 546-554.

tecipazioni di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società» la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto, sottopone l'operatività del *golden power* a limiti piuttosto stringenti. Rinviano al § seguente per quel che concerne la natura delle giustificazioni invocabili dallo Stato atte a restringere l'accesso al loro mercato dei capitali, soprattutto nel settore bancario, mi sembra che anche un parametro diverso dall'insediamento e dal controllo, più flessibile, potrebbe giustificare, sulla base del diritto UE, la disciplina italiana. Mi riferisco, in particolare, al c.d. "criterio *Baars*", menzionato nel § 3, formulato dai giudici UE nella pronuncia *Baars*, dove è affermato che rientrano nell'oggetto e nello scopo della libertà di stabilimento le disposizioni nazionali applicabili alla detenzione, da parte di un soggetto stabilito in uno Stato membro, nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro, «di una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni di tale società e da consentirgli di indirizzarne le attività»⁸³.

In breve, l'utilizzo dello strumento del *golden power*, attraverso l'obbligo di notifica, imposto a soggetti UE, circa l'acquisto di partecipazioni in grado di determinare il controllo di una società stabilita nel territorio italiano, non è in conflitto con l'ordinamento UE, risolvendosi in una misura: idonea a scongiurare scalate ostili e, in quanto tali, suscettibili di pregiudicare il patrimonio industriale della società; proporzionata, perché di carattere temporaneo, essendo in vigore fino al 30 giugno 2021⁸⁴, in quanto giustificata da una crisi economica, com'è quella determinata dal COVID-19, che colpisce alcuni Paesi membri dell'Unione più di altri e che, inevitabilmente, impone ai primi, in mancanza di un quadro unitario a livello europeo, d'intervenire in termini restrittivi sull'accesso al loro mercato dei capitali; necessaria a proteggere settori strategici e connessi all'erogazione di servizi essenziali di rilevanza collettiva, tra cui il settore bancario, anziché meramente a ostacolare e disincentivare indebitamente gli investimenti esteri intra-UE.

6. L'obiettivo della "stabilità finanziaria" nell'ambito delle giustificazioni sul mercato interno (III)

La terza questione riguarda la "tenuta" dei *golden powers* nel settore bancario in particolare, sotto il profilo della natura degli interessi invocabili dallo Stato per praticare questi poteri, con riguardo sia agli investimenti UE che agli investimenti extra-UE. Insomma, una volta appurato che è possibile, per uno Stato membro, restringere l'accesso al settore bancario da parte d'investitori stranieri, UE oltre che extra-UE, e applicare in maniera più espansiva le giustificazioni d'interesse generale nei confronti dei secondi rispetto ai primi, va compreso, più specificamente, quali siano dette giustificazioni laddove le autorità nazionali intendano invocarle per limitare l'acquisto di partecipazioni nei settori creditizio, assicurativo e dei mercati finanziari nella misura in cui, come previsto nell'art. 15, comma 3-*quater*, del "decreto liquidità", «la tutela degli interessi essenziali dello Stato, ovvero la tutela della sicurezza e dell'ordine

⁸³ Causa *Baars*, cit., punto 22.

⁸⁴ Cfr. legge 18 dicembre 2020, n. 176, cit., che ha introdotto un nuovo art. 10-ter nel d.l. n. 137/2020 ("Decreto Ristori").

pubblico [...] non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione di settore». Le due nozioni, quella di «interessi vitali» e di «sicurezza e ordine pubblico», operano evidentemente in sinergia tra loro: si tratta di giustificazioni riconducibili, per quanto è stato scritto fin qui, sul piano del diritto UE, ai motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza di cui all'art. 65 par. 1, lett. b) TFUE e/o alle esigenze imperative d'interesse generale di origine pretoria. In ogni caso, nella normativa italiana riecheggia quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza: ordine pubblico e sicurezza possono essere invocati «solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività»⁸⁵.

Con particolare riguardo al settore finanziario, tenuto conto del carattere «non esaustivo dell'elenco dei fattori che possono incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico», come precisato nel *considerando* 12 del regolamento (UE) n. 452/2019, mi pare che, oltre ai motivi connessi alla trasparenza della *governance* societaria, richiamati nel § 4, esista un interesse, desumibile dalla prassi della Commissione e dalla giurisprudenza UE, seppure non relative a *golden shares* e *golden powers*, che trova specificamente attuazione nel settore bancario: quello della stabilità finanziaria⁸⁶. Negli «Orientamenti» la Commissione rileva che è «possibile adottare misure restrittive per affrontare minacce alla stabilità finanziaria»⁸⁷ e, nel farlo, menziona un unico atto di diritto UE, la Dichiarazione dell'ex Commissario europeo, Jonathan Hill, per la stabilità finanziaria, i servizi finanziari e il mercato unico dei capitali, in merito ai controlli sui capitali imposti dalle autorità greche, resa il 29 giugno 2015⁸⁸. Si legge, nella Dichiarazione, prima, che gli Stati membri possono adottare misure relative ai movimenti di capitali che siano «giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza», poi, che, secondo la giurisprudenza UE, possono essere introdotte misure «anche per altri motivi imperativi di interesse pubblico generale», da applicare «per il periodo più breve possibile». Da qui la conclusione che, costituendo «la stabilità del sistema finanziario e bancario in Grecia una questione di interesse pubblico preminente e di politica pubblica suscettibile di giustificare l'applicazione temporanea di restrizioni ai flussi di capitali», «mantenere la stabilità finanziaria» risulta(va) «la principale sfida immediata per il paese»⁸⁹.

Il significato da attribuire al concetto di stabilità finanziaria è dubbio. Al di là del fugace riferimento alla Dichiarazione di Jonathan Hill, negli «Orientamenti» la Commissione si riferisce all'interesse/obiettivo della stabilità finanziaria subi-

⁸⁵ Cfr. CGUE, *Rutili*, 28 ottobre 1975, causa 36/75, ECLI:EU:C:1975:137, punto 28; CGUE, *Calfa*, 29 gennaio 1999, causa C-348/96, ECLI:EU:C:1999:6, punto 21. Cfr. altresì CGUE, *Église de Scientologie*, 14 marzo 2000, causa C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124, punto 17; CGUE, *Commissione c. Belgio*, 4 giugno 2002, causa C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328, punto 47; causa *Commissione c. Spagna* (C-463/00), cit., punto 72.

⁸⁶ Sul concetto di stabilità finanziaria e sulla sua qualificazione come principio fondante del diritto UE, nella prospettiva europea anziché derogatoria nazionale, dunque non con riguardo specifico ai *golden shares/golden powers* ma con riflessioni utili anche sotto quest'ultimo profilo, si vedano *amplius* G. LO SCHIAVO, *The Role of Financial Stability in EU Law and Policy*, Wolters Kluwer, The Hague, 2017 e A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 64-69.

⁸⁷ Cfr. il punto 4 degli «Orientamenti».

⁸⁸ Dichiarazione della Commissione, del 29 giugno 2015, in merito ai controlli sui capitali imposti dalle autorità greche, consultabile sul sito: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/STATEMENT_15_5271.

⁸⁹ *Ibidem*.

to dopo aver accennato alla possibile restrizione del mercato dei capitali con riferimento a imprese incaricate dell'erogazione di servizi pubblici, in particolare in relazione alla salvaguardia di finalità connesse all'approvvigionamento energetico. In effetti, nella giurisprudenza UE concernente i servizi d'interesse economico generale (SIEG) e la loro erogazione nel contesto del mercato unico, in relazione a imprese stabilite negli Stati membri, assume rilevanza l'interesse dell'"equilibrio finanziario", connaturato all'eccezione di cui all'art. 106 par. 2 TFUE⁹⁰. Interesse che consente alle imprese incaricate di SIEG di beneficiare di un trattamento derogatorio, differente da quello riservato ad altre imprese, quando l'applicazione delle norme UE sul mercato e sulla concorrenza metta in discussione, appunto, l'equilibrio finanziario dell'impresa esercente il servizio. Con gli ovvi e necessari *distinguo*, il ragionamento è analogo nella giurisprudenza sulla libera prestazione dei servizi di cui agli artt. 56 e seguenti TFUE, con riguardo non a un'impresa ma all'equilibrio finanziario di uno Stato, per quel che riguarda la circolazione dei pazienti e la sostenibilità economico-finanziaria del *welfare* dei Paesi di cui i pazienti, intenzionati a ricevere cure in altri Stati membri, hanno la nazionalità e ai quali i pazienti possono richiedere il rimborso integrale delle spese sostenute all'estero⁹¹.

In ogni caso, nella giurisprudenza UE, compresa quella relativa alle *golden shares* intra-UE, la giustificazione della "stabilità finanziaria" è assente. Per escludere che una tale giustificazione possa legittimamente essere fatta valere nel settore bancario, quanto al possibile esercizio dei *golden powers*, oltretutto, potrebbe obiettarsi che la Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza consolidata⁹², nega che motivi economici, di mero sviluppo industriale, siano invocabili, da uno Stato membro, allo scopo di limitare gli scambi, a livello di merci, servizi, lavoratori, capitali, in linea con la *c.d. doctrine of non economic considerations*⁹³, per cui solamente ragioni extra-economiche potrebbero es-

⁹⁰ Su questa norma si veda, tra i "classici", J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive rights and state monopolies under EC law: Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty*, Oxford, 1999; si vedano, altresì, tra le opere monografiche, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010; W. SAUTER, *Public Services in EU Law*, Cambridge, 2015; J.M. BURKE, *A Critical Account of Article 106(2) TFEU: Government Failure in Public Service Provision*, Oxford, 2018.

⁹¹ Sul tema si vedano le riflessioni di G. DI FEDERICO-S. NEGRI, *Unione europea e salute*, CEDAM, Padova, 2019, pp. 85-94.

⁹² Cfr., *ex multis*, CGUE, *Commissione c. Italia*, 19 dicembre 1961, causa 7/61, ECLI:EU:C:1961:31, punto D; CGUE, *Commissione c. Italia*, 9 giugno 1982, causa 95/81, ECLI:EU:C:1982:216, punto 27; CGUE, *Duphar*, 7 febbraio 1984, causa 238/82, ECLI:EU:C:1984:45, punto 23; CGUE, *Gebhard*, 30 novembre 1995, causa C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, punto 37; CGUE, *Ciola*, 29 aprile 1999, causa C-224/97, ECLI:EU:C:1999:212, punto 17; CGUE, *Syndesmos ton en Elladi Touristikou kai Taxidiotikon Grafeion* (SETTG), 5 giugno 1997, causa C-398/95, ECLI:EU:C:1997:282, punto 23; CGUE, *Roc-kler*, 16 febbraio 2006, causa C-137/04, ECLI:EU:C:2006:107, punto 24; CGUE, *Kohll*, 28 aprile 1998, causa C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171, punto 50; CGUE, *Stamatelaki*, 19 aprile 2007, causa C-444/05, ECLI:EU:C:2007:231, punto 31; CGUE, *Commissione c. Portogallo*, 8 luglio 2010, causa Causa C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412, punto 52; CGUE, *Verkooijen*, 6 giugno 2000, causa C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294, punti 47 e 48; CGUE, *Commissione c. Italia*, 16 gennaio 2003, causa C-388/01, ECLI:EU:C:2003:30, punto 22; CGUE, *Kranemann*, 17 marzo 2005, causa C-109/04, ECLI:EU:C:2005:187, punto 34; CGUE, *Bond van Adverteerders e a.*, 26 aprile 1988, causa 352/85, ECLI:EU:C:1988:196, punto 34; CGUE, *Collectieve Antenne-voorziening Gouda*, 25 luglio 1991, causa C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323, punto 11; CGUE, *Associação Peço a Palavra*, 27 febbraio 2019, causa C-563/17, ECLI:EU:C:2019:144, punto 70.

⁹³ Su questa "dottrina" e sui suoi limiti si veda, *inter alia*, J. SNELL, *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, A. SCHRAUWEN (a cura di), *Rule of Reason – Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, p.

sere adoperate a tale fine. Del resto, se, da un lato, l'obiettivo della stabilità finanziaria non è menzionato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, dall'altro, i giudici UE si riferiscono alla salvaguardia dell'«interesse finanziario» dello Stato nella sentenza *Commissione c. Portogallo*⁹⁴, proprio in tema di libertà di circolazione e *golden shares*, e lo fanno al fine di escluderne la legittimità ai sensi del diritto UE.

Al riguardo, non va, però, sovrapposto il concetto di “interesse finanziario” a quello di “stabilità finanziaria”: nulla impedisce che quest'ultima ragione d'interesse generale possa applicarsi al settore bancario nell'ambito dei *golden powers*. Infatti, il divieto che si pone al cuore della giurisprudenza UE, a ben vedere, riguarda obiettivi «puramente» o «meramente»⁹⁵ economici, obiettivi cioè svincolati da finalità ultime d'interesse generale, come riconosciuto in *Essent*, dove i giudici UE, in merito a libera circolazione dei capitali e privatizzazioni⁹⁶, precisano, per un verso, che «motivi di natura puramente economica non possono costituire motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dai Trattati» e, per l'altro, che una tale giustificazione è legittima «qualora sia dettata da motivi di ordine economico che perseguono un obiettivo d'interesse generale»⁹⁷. La stabilità finanziaria, cioè, è finalità di natura economica intermedia e strumentale all'obiettivo ultimo di garantire che servizi essenziali erogati dagli istituti finanziari italiani possano essere adeguatamente prestati a favore della collettività. Una commistione, quella tra obiettivi intermedi di carattere economico e obiettivi finali di carattere extra-economico⁹⁸, naturalmente portata a verificarsi in settori, tra cui quello bancario, il cui buon funzionamento rappresenta una precondizione per l'accesso, da parte di persone fisiche e giuridiche, a una varietà di servizi d'interesse generale⁹⁹.

Va da sé, pertanto, che il concetto di stabilità finanziaria non può essere in-

35 ss.; N.A. GEORGIADIS, *Derogation Clauses: The Protection of National Interests in EC Law*, Ant N Sakkoulas-Bruylant, Athènes-Bruxelles, 2006, pp. 199-203.

⁹⁴ Cfr. causa *Commissione c. Portogallo*, cit., punto 52.

⁹⁵ Cfr. causa *Verkooijen*, cit., punti 47 e 48; causa *Commissione c. Italia*, punto 22; CGUE, *Commissione c. Germania*, 11 settembre 2008, causa C-141/07, ECLI:EU:C:2008:492, punto 60; CGUE, *Essent*, 22 ottobre 2013, cause riunite da C-105/12 a C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677, punti 51 e 52.

⁹⁶ Stesso discorso su privatizzazione vedi causa *Associação Peço a Palavra*, cit., punto 70.

⁹⁷ Causa *Essent*, cit., punti 51 e 52.

⁹⁸ Sulle implicazioni di questa commistione si vedano le osservazioni contenute in J. L. BUENDIA SIERRA, *op. cit.*, pp. 301-303, 337-338, 355-358; V. HATZOPOULOS, *Recent Developments in the Free Movement of Services*, in *CMLRev.*, 2000, p. 43 ss., pp. 78-79; K.J.M. MORTELMANS, *Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?*, in *CMLRev.*, 2001, p. 613 ss., p. 637; J. SNELL, *op. cit.*; N.A. GEORGIADIS, *op. cit.*; C. BARNARD, *Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?*, in C. Barnard-O. Odudu (a cura di), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford-Portland, 2009, p. 273 ss., pp. 279-280; S. ARROWSMITH, *Rethinking the Approach to Economic Justifications under the EU's Free Movement Rules*, in *Current Legal Problems*, 2015, p. 307 ss.

⁹⁹ Sulla naturale commistione tra economico e non economico nell'ambito di attività d'interesse generale si veda D. GALLO, *La progressive et inévitable avancée des considérations économiques dans le domaine des justifications d'intérêt général aux restrictions du marché intérieur*, in C. BLUMANN-F. PICOD (a cura di), *Annuaire de droit de l'Union européenne*, Éditions Panthéon-Assas, Parigi, 2016, p. 65 ss., pp. 86-90 e, in merito all'art. 106, par. 2, TFUE, D. GALLO, *I servizi*, cit., pp. 363-372. Nella giurisprudenza UE, con riferimento alle *golden shares*, cfr. causa *Commissione c. Spagna* (C-207/07), cit., punti 44-45; causa *Commissione c. Paesi Bassi*, cit., punto 38; causa *Commissione c. Italia*, cit., punti 45 e 69.

interpretato dalle autorità nazionali nel senso di rendere tale stabilità funzionale all'obiettivo ultimo di «sostenere il sistema economico», come invece, perlomeno in Italia, alcuni parrebbero assumere¹⁰⁰. Al contrario, la stabilità finanziaria è finalità connessa con le attività svolte dalle banche, intese quali «fonte essenziale di finanziamento per le imprese attive nei diversi mercati»¹⁰¹. Con riguardo ad aiuti di Stato e settore bancario, la Commissione, nella sua Comunicazione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria¹⁰², chiarisce che la stabilità finanziaria «implica la necessità di prevenire i gravi effetti di ricaduta negativi che potrebbero derivare dal dissesto di un ente creditizio e erogare prestiti all'economia reale»¹⁰³. Inoltre, in merito alla valutazione prudenziale delle acquisizioni di partecipazioni qualificate alla stregua del criterio della stabilità finanziaria, la Commissione, nella Relazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni circa l'applicazione della direttiva 2007/44/CE¹⁰⁴ che modifica la direttiva 92/49/CEE del Consiglio e le direttive 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE e 2006/48/CE per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, prima sottolinea che la crisi finanziaria iniziata nel 2008 ha dimostrato che «fusioni e acquisizioni – quantomeno nel settore bancario – possono comportare rischi per la stabilità finanziaria». Successivamente, viene precisato che, attualmente, la direttiva 2007/44/CE non contiene un criterio di valutazione esplicito che consenta alle autorità competenti di valutare l'impatto del progetto di acquisizione sulla stabilità del sistema finanziario. Tuttavia, è affermato che «la stabilità finanziaria è implicitamente presa in considerazione nei criteri di valutazione della direttiva»¹⁰⁵.

Ragionamenti quelli sopra riportati, mi pare, che appaiono *mutatis mutandis* trasferibili nell'ambito dei *golden powers*.

Insomma, quanto alla questione della compatibilità dell'ordinamento italiano con l'ordinamento UE, le norme di diritto UE non ostano a che l'obbligo di notifica previsto nell'ordinamento interno miri a tutelare il superiore interesse generale di stabilità finanziaria assicurato dalla prestazione di servizi essenziali forniti dagli istituti bancari. Istituti che sono cruciali nel garantire l'accesso al credito da parte di persone fisiche e giuridiche anche ma non soltanto in contesti di crisi come quello attuale e che detengono una percentuale significativa del debito governativo italiano. Istituti che sono frequentemente interconnessi sul piano internazionale e che, per questa ragione, rischiano di incontrare gravi difficoltà in ragione di conseguenze che da una o più banche «possono propagarsi rapida-

¹⁰⁰ Cfr., ad esempio, la relazione del Copasir, cit., p. 9.

¹⁰¹ Cfr. CGUE, *Kotnik*, 19 luglio 2016, causa C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570, punto 50.

¹⁰² Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria («La comunicazione sul settore bancario»), G.U. C 216 del 30 7 2013, p. 1.

¹⁰³ Cfr. il punto 7 della Comunicazione sul settore bancario.

¹⁰⁴ Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, dell'11 febbraio 2013, circa l'applicazione della direttiva 2007/44/CE che modifica la direttiva 92/49/CEE del Consiglio e le direttive 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE e 2006/48/CE per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, COM(2013)64 final.

¹⁰⁵ Relazione sull'applicazione della direttiva 2007/44/CE, cit., punto 19.

mente ad altre banche, vuoi nello Stato membro interessato, vuoi in altri Stati membri», con possibili «ricadute negative in altri settori dell'economia»¹⁰⁶. La «minaccia di grave pregiudizio» agli interessi essenziali dello Stato, più volte richiamata nel d.l. n. 21/2012, nei decreti successivi e, da ultimo, nel “decreto liquidità”, può ricomprendere, pertanto, anche l'obiettivo della stabilità finanziaria, considerata, peraltro, la precisazione, contenuta nell'art. 1 par. 2 del regolamento (UE) n. 452/2019, secondo cui tale atto «fa salva la competenza esclusiva di Stato membri per la sicurezza nazionale, come stabilito nell'articolo 4, paragrafo 2, TUE», norma questa che rende palese l'esistenza di un nesso indissolubile tra sicurezza nazionale e rispetto dell'“identità nazionale” degli Stati membri.

7. (Segue): il possibile effetto utile dell'art. 106 par. 2 TFUE (IV)

Una via che mi sembra percorribile, oltre alle eccezioni previste nell'ambito delle libertà di circolazione, anche nel futuro, soprattutto qualora, esaurita la crisi, il Governo italiano volesse persistere nel servirsi di *golden powers* nel settore bancario rispetto a investitori extra-UE, potrebbe essere quella offerta dall'art. 106 par. 2 TFUE¹⁰⁷, già menzionato.

Infatti, la norma, a contenuto derogatorio, contenuta nel TFUE nella sezione relativa al diritto della concorrenza applicabile alle imprese, nonostante la sua collocazione, è una deroga atipica *antitrust*, atipica in quanto applicabile anche in ambiti diversi dal diritto della concorrenza e, comunque, indirizzata alle autorità pubbliche nazionali e non soltanto alle imprese incaricate della prestazione di SIEG. La domanda, quindi, è se sia possibile ipotizzare l'utilizzo dell'art. 106 par. 2 TFUE per giustificare i *golden powers*.

La risposta è che è possibile, in punto di diritto e in principio, perché l'art. 106 par. 2 TFUE è naturalmente portato ad intervenire in relazione ad una forma di intervento dello Stato nell'economia, quale è il controllo di società privatizzate, strutturalmente «collegato allo svolgimento di attività di interesse economico generale associate a dett[e] società»¹⁰⁸. Peraltro, è la stessa norma a stabilire che il trattamento derogatorio ivi previsto operi “in particolare”, non soltanto, nel diritto della concorrenza, dunque anche nell'ambito delle libertà di circolazione.

Sorprendentemente, dall'esame della giurisprudenza UE si evince che solamente il Governo belga, nella causa *Commissione c. Belgio*, e il Governo spagnolo, nella causa *Commissione c. Spagna* del marzo 2003, pronunce entrambe già citate, hanno invocato l'art. 106 par. 2 TFUE per giustificare le loro normative sulle *golden shares*. Il Governo belga, sostenuto dal Regno Unito, fa valere, in via subordinata, qualora cioè il ricorso non sia accolto sul piano delle libertà di circolazione, che gli eventuali ostacoli alle libertà del Trattato

¹⁰⁶ Causa *Kotnik*, cit., punto 50.

¹⁰⁷ Sulle potenzialità di questa norma in ambiti diversi dal diritto *antitrust* si vedano J. L. BUENDIA SIERRA, cit., pp. 219, 239 e 256; D. GALLO, *I servizi*, cit., pp. 130-13 e 522-713 e ID., C. MARIOTTI, *L'art. 106, par. 2 TFUE quale deroga antitrust atipica*, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, II ed., Wolters Kluwer-CEDAM, Milano-Padova, 2020, p. 159 ss. In tema di *golden shares* si veda D. GALLO, *On the Content*, cit., pp. 832-838.

¹⁰⁸ Cfr. il punto 30 delle conclusioni dell'Avvocato generale Maduro del 6 aprile 2006 rese nella causa *Commissione c. Paesi Bassi*, cit.

risultanti dalla normativa controversa siano giustificati sulla base dell'art. 106 par. 2, dal momento che la norma «è l'espressione di un principio generale secondo cui le norme del Trattato devono subire eccezioni quando siano minacciati interessi legati alle missioni dei servizi di interesse generale»¹⁰⁹. La Corte non si pronuncia, in concreto, sull'art. 106 par. 2, ma non ne esclude affatto l'intervento. Al contrario: dopo aver affermato che «la normativa controversa è giustificata dall'obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di energia in caso di crisi», i giudici sottolineano che, «in tali condizioni non è necessario esaminare il motivo relativo ad un principio dedotto dall'art. 90, n. 2, del Trattato [attuale 106 par. 2 TFUE], che il governo belga fa valere in via subordinata»¹¹⁰. Nella causa *Commissione c. Spagna*, la Corte, pur respingendo in concreto la tesi proposta dal Governo spagnolo secondo cui l'art. 106 par. 2 sarebbe applicabile al caso di specie, non ne esclude, in principio, l'intervento in chiave giustificatoria delle *golden shares*. I giudici, infatti, ritengono che detto Governo avrebbe dovuto fornire «criteri oggettivi e precisi»¹¹¹ al fine di chiarire per quale ragione, nel caso di specie, la titolarità di azioni privilegiate, da parte dello Stato, in alcune imprese esercenti servizi pubblici, avrebbe dovuto essere ritenuta proporzionata all'obiettivo di interesse pubblico invocato dalla Spagna¹¹². La Corte rileva che, se è vero che l'art. 106 par. 2 «mira a temperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, come strumento di politica economica o sociale, con l'interesse dell'[Unione] all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune», cionondimeno lo Stato membro «deve esporre in maniera circostanziata le ragioni per cui, in caso di abolizione dei provvedimenti contestati, risulterebbe a suo parere pregiudicato l'assolvimento, in condizioni economicamente accettabili, delle funzioni di interesse economico generale di cui ha incaricato un'impresa»¹¹³.

Alla luce di quanto osservato fin qui, quale è l'effetto utile dell'art. 106, par. 2, TFUE? Esso si riassume nella circostanza che l'interpretazione che la Corte di giustizia dà di questa norma, nonostante qualche *revirements*, è meno restrittiva e chiaramente più vicina alle istanze degli Stati di quanto lo siano le deroghe ammesse nell'ambito delle libertà di circolazione. Si è passati, infatti, dalla configurabilità dell'"ostacolo", inteso come *incompatibilità assoluta* tra l'applicazione delle regole del mercato e della concorrenza e lo svolgimento della missione di interesse generale «in condizioni economicamente accettabili», all'esigenza che tale svolgimento sia reso non indispensabile ma (sola-mente) *più difficile* dall'applicazione delle norme UE. Il risultato è stata l'estensione dei margini di manovra, sul fronte della regolamentazione dell'economia e del *welfare*, a disposizione degli Stati¹¹⁴. In effetti, mi pare che l'art. 106, par.

¹⁰⁹ Causa *Commissione c. Belgio*, cit., punti 34-35.

¹¹⁰ Causa *Commissione c. Belgio*, cit., punti 55-56.

¹¹¹ Causa *Commissione c. Spagna* (C-463/00), cit., punto 80.

¹¹² Causa *Commissione c. Spagna* (C-463/00), cit., punti 81-83.

¹¹³ Causa *Commissione c. Spagna* (C-463/00), cit., punto 81.

¹¹⁴ Nella letteratura si veda, tra gli altri, H. SCHWEITZER, *Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Member States*, in ID., M. CREMONA (a cura di), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, 2011, p. 11 ss. Nella giurisprudenza UE cfr. CGUE, *Correos*, 15 novembre 2007, causa C-162/06, EU:C:2007:681, punti 34-36; CGUE, *Dimosia*, 17 luglio 2014, causa C-553/12 P, ECLI:EU:C:2014:2083; CGUE, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, 28 febbraio 2011, causa C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127; CGUE, *Corbeau*, 19 maggio 1993, causa C-320/91, EU:C:1993:198, punti 16-19; CGUE, *Dusseldorp*, 25 giugno 1998,

2, TFUE offra una maggiore discrezionalità alle autorità nazionali in materia di *golden shares*, considerato che il parametro rappresentato dalle «condizioni economicamente accettabili»¹¹⁵, che ne è il cuore, è meno stringente di quello, enucleato finora dalla Corte di giustizia in merito a *golden shares* ed esigenze imperative, che ruota intorno all'esistenza di una «minaccia reale e grave»¹¹⁶ all'esercizio delle attività di interesse generale.

Certamente, il nodo da sciogliere, quando il tema è quello dell'applicabilità dei *golden powers* alle banche e non dei *golden powers* applicabili ai settori di pubblica utilità riconducibili alla prestazione dei servizi pubblici (energia, gas, telecom, ecc.), è che il settore bancario sia da considerarsi un SIEG ai sensi dell'art. 106 par. 2 TFUE. Una via questa la cui percorribilità sul piano teorico mi pare difficilmente contestabile ma che deve ancora essere, in concreto, motivata e, comunque, ritenuta ammissibile dalle istituzioni UE.

8. L'accesso al mercato UE da parte dei c.d. investitori sovrani extra-UE e la “tenuta” del principio della neutralità giuridica delle imprese in relazione alla libera circolazione dei capitali

Un'ultima problematica riguarda anche, ma non solamente, il settore bancario, in relazione agli investitori extra-UE.

Nel regolamento (UE) n. 452/2019 è scritto che Stato e Commissione tengono conto «della possibilità che un investitore estero sia controllato direttamente o indirettamente, ad esempio attraverso finanziamenti consistenti, comprese le sovvenzioni, da parte del governo di un paese terzo»¹¹⁷. A questo proposito, non c'è dubbio che i motivi indicati nell'ordinamento italiano circa stato di diritto, democrazia e legami con organizzazioni criminali, oltre che sicurezza e ordine pubblico, assumano contorni ancora più decisivi ed estesi se l'investimento proviene dai c.d. investitori sovrani, in particolare da *state owned enterprises* e fondi sovrani¹¹⁸, alcuni dei quali collegati a governi di Paesi terzi dove la *rule of*

causa C-203/96, ECLI:EU:C:1998:316, punto 67; CGUE, *Air Inter SA*, 19 giugno 1997, causa T-260/94, EU:T:1997:89, punto 138.

¹¹⁵ Cfr., ad esempio, causa *Corbeau*, cit., punto 16.

¹¹⁶ Cfr., ad esempio, causa *Commissione c. Belgio*, cit., punto 48; causa *Commissione c. Spagna* (C-207/07), cit., punto 47.

¹¹⁷ Cfr. l'art. 4 par. 2 del regolamento (UE) n. 245/2019; cfr. altresì il *considerando* 13 che fa riferimento a «progetti o programmi all'estero a guida statale».

¹¹⁸ Sugli investitori sovrani nel diritto internazionale e/o nel diritto UE si vedano L.C. BACKER, *The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law*, in *Tulane Law Review*, 2007-2008, p. 1801 ss.; K. BARYSCH-S. TILFORD-P. WHYTE, *State, money and rules: An EU policy for Sovereign Investments*, Centre for European Reform, October 2008, consultabile sul sito <https://www.cer.eu/publications/archive/essay/2008/state-money-and-rules-eu-policy-sovereign-investments>; S.M. CARBONE, “Golden Share” e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale, in *Diritto del commercio internazionale*, 2009, p. 50 ss.; J. COOKE, *Finding the Right Balance for Sovereign Wealth Fund Regulation: Open Investment vs. National Security*, in *Columbia Business Law Review*, 2009, p. 728 ss.; E. MOSTACCI, *Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 305 ss.; A. GIGANTE-A. LIGUSTRO, *Il diritto internazionale degli investimenti di fronte alla sfida dei fondi sovrani*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 1179 ss.; H. SCHWEITZER, *Sovereign Wealth Funds*, cit.; F. BASSAN, *The Law of Sovereign Wealth Funds*, Edwar Elgar, Cheltenham, 2011; M. LAMANDINI, *Temi e problemi in materia di*

law, eufemisticamente, presenta sfumature diverse da quelle che invece presenta tendenzialmente¹¹⁹ negli Stati membri dell'Unione.

Da un lato, è noto che nell'ordinamento UE vige il principio della neutralità giuridica dell'impresa, di cui all'art. 345 TFUE, con la conseguenza che la natura pubblica dell'investitore-impresa, in diverse forme e in diversi gradi, non può ostare di per sé al suo ingresso in imprese operanti nel settore bancario¹²⁰. Dall'altro lato, si tratta di un principio non assoluto perché, come precisato dalla Corte di giustizia, va sempre letto in termini sistematici alla luce delle libertà fondamentali del mercato¹²¹: la *ratio* che ispira la precisazione, sopra riportata, contenuta nel regolamento, tiene conto della circostanza che sono gli investitori sovrani quelli che, più di altri, in sostanza, potrebbero (voler) perseguire obiettivi di natura, in senso lato, politica. È naturale che la "lunga mano" del capitalismo di Stato, quando si tratta di investitori sovrani riconducibili, più o meno formalmente, a Stati terzi, possa provocare inquietudine, oltre a rappresentare, come ovvio, opportunità¹²². Mi pare, dunque, condivisibile ritenere che i *golden powers*, con riferimento a *come* vengono praticati in concreto soprattutto sotto il profilo del principio di proporzionalità e dei pericoli rilevati nell'ingresso dell'investitore in un dato mercato, siano dilatati al massimo se l'investitore extra-UE ha collegamenti strutturali con il potere pubblico dello Stato terzo, in particolare se quest'ultimo non "brilla" per un tenace rispetto della *rule of law*. Considerato che la stessa Commissione, nel regolamento, com'è stato già rilevato, afferma che nei confronti d'investitori extra-UE sono ammissibili nuove giustificazioni d'interesse generale e che le eccezioni d'interesse generale possono essere intese in termini più ampi di quanto avviene nei confronti degli investitori UE, un tale ragionamento è destinato a trovare applicazione, *a fortiori* e con maggiore forza, in relazione ad investitori sovrani extra-UE¹²³.

contendibilità del controllo, fondi sovrani e investimenti diretti stranieri nei settori strategici tra libera circolazione dei capitali e interesse nazionale, in Riv. dir. soc., 2012, p. 510 ss.; V. MICHEL, *Golden shares, fonds souverains et mission d'intérêt économique général*, in Europe, 2012, p. 30 ss.; i contributi in K. Sauvant-L. Sachs-W. Schmit Jongbloed (a cura di), *Sovereign Investment. Concerns and Policy Reactions*, Oxford, 2012, p. 24 ss., tra cui, in particolare, J. CHAISSE, *The Regulation of Sovereign Wealth Funds in the European Union: Can the Supranational Level Limit the Rise of National Protectionism?*, p. 462 ss.; i contributi in P. Bodeau-Livinec (a cura di), *Les fonds souverains et l'Union européenne: les liaisons dangereuses du marché et du politique*, Pedone, Paris, 2014, tra cui, in particolare, F. MARTUCCI, *Les fonds souverains et l'Union européenne: les liaisons dangereuses du marché et du politique*, p. 69 ss.; A. CUMMINE, *Ethical Sovereign Investors: Sovereign Wealth Funds and Human Rights*, in J.P. Bohoslavsky-J.L. Černic (a cura di), *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, Oxford, 2014; i contributi in F. BASSAN, *Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, tra cui, in particolare, A. DE LUCA, *The EU and Member States: FDI, Portfolio Investments, Golden Powers and SWFs*, p. 178 ss.; D. GALLO, *The Rise of Sovereign Wealth Funds (SWFs) and the Protection of Public Interest(s): The Need for a Greater External and Internal Action of the European Union*, in *European Business Law Review*, 2016, p. 459 ss.; D. GALLO, *On the Content*, cit.

¹¹⁹ Per una lista aggiornata di fondi sovrani e *state owned enterprises* cfr. <https://www.swfinstitute.org/>.

¹²⁰ Come osserva C. PETTINATO, *op. cit.*, p. 61.

¹²¹ Come precisato dalla Corte di giustizia nel caso *Essent*, cit., punti 54-60.

¹²² Ricordo, quanto agli investitori sovrani, che gli investimenti da essi effettuati, frequentemente, sono di portafoglio e, quindi, quando questo è il caso, il regolamento non trova attuazione, avendo per oggetto, come ricordato più volte, soltanto gli investimenti esteri diretti. Un esempio è la partecipazione del Fondo di Abu Dhabi in Unicredit.

¹²³ Basti pensare all'ipotesi nella quale manchi trasparenza circa la compagine societaria

9. Considerazioni conclusive

Le banche sono, senza dubbio, un *asset* strategico per il tessuto economico, industriale e sociale italiano. L'applicabilità, prevista nella disciplina italiana, dei *golden powers* a questo settore, come per i mercati finanziari e le assicurazioni, tuttavia, costituisce una novità assoluta tra i Paesi membri dell'Unione europea, rispetto alla quale non esiste una prassi, in seno alle istituzioni UE, da cui evincere, con nettezza, la legittimità o l'illegittimità, ai sensi del diritto UE, della normativa attuale. A questa peculiarità, che distingue l'ordinamento giuridico italiano da quello degli altri Stati membri, se ne aggiunge una seconda: l'estensione della pratica dei *golden powers*, anche nel settore bancario, ad investitori UE, oltre che extra-UE. In questo quadro, sotto il profilo della compatibilità con l'ordinamento UE, l'eccezionalità della crisi sanitaria, e della conseguente crisi economica, per quanto è stato osservato fin qui, deve indurre a svolgere due ordini di riflessioni, centrate sulla sostenibilità dell'attuale disciplina a breve e a medio/lungo termine. Riflessioni che riguardano sia l'operatività dei *golden powers*, nel loro complesso, al di là del settore bancario, sia la loro applicabilità con particolare riferimento agli istituti bancari.

A medio e lungo termine, in un contesto post-crisi, mi pare praticabile l'intervento dei poteri speciali in chiave di salvaguardia, anti-scalata, del sistema bancario italiano, quale infrastruttura finanziaria strategica e collegata all'erogazione di servizi essenziali per imprese e cittadini. La *ratio* è riconducibile all'obiettivo ultimo, non "puramente economico" e quindi ammissibile sul piano derogatorio, della stabilità finanziaria, nell'ambito delle giustificazioni d'interesse generale riconosciute nel diritto del mercato interno UE, con possibile attuazione anche di una norma *antitrust* atipica, qual è l'art. 106 par. 2 TFUE.

A breve termine, l'applicabilità dei poteri speciali agli investitori UE, oltre che extra-UE, anche con riguardo alle banche, laddove i primi siano sottoposti a limiti meno stringenti rispetto ai secondi, risulta legittima essendo temporanea e circoscritta. Un'asimmetria, peraltro, tra investitori, in funzione dell'origine dell'investimento (UE oppure extra-UE), ammissibile in quanto riconosciuta come tale, seppure in ambiti diversi da *golden shares* e *golden powers*, dalla Corte di giustizia di Lussemburgo nella sua giurisprudenza. Insomma, a breve termine, nella cornice prodotta dall'emergenza da COVID-19, la pratica dei *golden powers* in relazione alla penetrazione, in termini di controllo societario, di investitori UE nel capitale delle banche italiane, risulta legittima, ai sensi del diritto UE. A medio e lungo termine, tuttavia, è tutto da dimostrare che possa esserlo; anzi, sono orientato a ritenere che non lo sia.

L'auspicio è che le istituzioni UE, come fatto in merito ad altre declinazioni d'intervento del settore pubblico nell'economia, *in primis* in materia di aiuti di Stato¹²⁴, forniscano criteri guida più certi, quanto ad investitori extra-UE ed UE, su natura, portata, estensione e limiti dei poteri speciali, dal punto di vista delle libertà del mercato di cui agli artt. 49 e 63 TFUE.

dell'investitore; sul punto si vedano le osservazioni di M. DE BELLIS, *Global Standards for Sovereign Wealth Funds: The Quest for Transparency*, in *Asian Journal of International Law*, 2011, p. 349 ss.

¹²⁴ Vedi *supra*, § 3.

Golden powers e banche nella prospettiva del diritto dell'economia

Golden powers and banks from the Economic law perspective

di **Andrea Sacco Ginevri***

ABSTRACT

Il presente contributo analizza l'estensione, in Italia, della disciplina sul controllo degli investimenti esteri diretti (*golden powers*) anche a banche, imprese assicuratrici e altri intermediari finanziari.

La disamina si sofferma, in particolare, sui profili rilevanti per il diritto dell'economia, e dunque si concentra sui problemi pratici sottesi alla contemporanea presenza di strumenti di scrutinio politico (FDI) e di vigilanza tecnica in ambito finanziario.

Dopo aver passato in rassegna l'evoluzione normativa, le fattispecie rilevanti e la disciplina applicabile in materia, il contributo pone alcune riflessioni conclusive sul delicato rapporto fra intervento pubblico in economia e sviluppo delle istituzioni finanziarie.

Parole Chiave: Investimenti esteri diretti – Banche e altri intermediari finanziari – Intervento pubblico in economia – Golden powers

This essay analyzes the application, in Italy, of the foreign direct screening mechanism (golden powers) also to banks, insurance companies and other financial intermediaries.

This analysis examines, in particular, the main issues from the economic law perspective, including practical issues arising from the simultaneous application in the financial field of political screening measures (FDI) and technical supervision.

After the analysis of the legislative evolution, triggering events and applicable regulation, this essay ends with certain conclusive thoughts regarding the delicate relationship between the State role in market dynamics and the expected role of the financial institutions.

Key Words: Foreign direct investments – Banks and other financial intermediaries – State role in market dynamics – Golden powers

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le infrastrutture finanziarie. – 3. (Segue): gli intermediari finanziari. – 4. La disciplina. – 5. Conclusioni.

* Professore ordinario di diritto dell'economia, Dipartimento di Giurisprudenza, Uninettuno. Relazione rielaborata di un intervento svolto, il 4 dicembre 2020, presso il Centro Ferro-Luzzi dell'Università Roma Tre, nell'ambito di un *Workshop* organizzato dai professori Concetta Brescia Morra, Giulio Napolitano e Andrea Zoppini. Ringrazio il collega Daniele Gallo per i consigli e i commenti.

1. Premessa

Ad esito di un percorso normativo iniziato con il d.l. n. 148/2017, proseguito con il d.l. n. 23/2020 e concluso al momento con il d.p.c.m. n. 179/2020, il settore bancario, assicurativo e finanziario è entrato nel perimetro di applicazione dei *golden powers* dello Stato italiano¹.

L'applicabilità dei *poteri speciali* in ambito finanziario rappresenta una novità per gli operatori del settore, in grado di incidere sia sulle relative dinamiche aziendali e proprietarie sia sugli equilibri di sistema. E ciò in quanto, ad oggi, le modifiche degli assetti di controllo delle imprese in parola divengono oggetto di scrutinio, oltre che delle competenti autorità di vigilanza, anche del Governo², che agisce secondo le logiche di monitoraggio ti-

¹ Per l'analisi dell'impatto prodotto dal Covid-19 sulla disciplina dei *golden powers* si v., senza pretesa di esaustività: T. PAPADOPOULOS, *Covid-19 crisis and screening of foreign direct investments in EU privatized companies*, in *International Trade Law & Regulation*, 2021, p. 54 ss.; B. RAGANELLI-F. MARCONI, *Emergenza, crisi economica e golden power in Europa*, in *Conc. Merc.*, 2020, p. 1 ss.; M. RESCIGNO, *Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in *Giur. comm.*, I, 2020, p. 847 ss.; L. VASQUES, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2020, p. 121 ss.; A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *Persona e Amministrazione*, 2020, p. 382 ss.; A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 405 ss.; E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Stato ed economia di mercato. La via italiana per la ricostruzione postbellica tra giudizio storico e seduzioni contemporanee*, in *Federalismi*, 21, 2020, p. 150 ss.; F. RIGANTI, *I golden powers italiani tra "vecchie" privatizzazioni e "nuova" disciplina emergenziale*, in *NLCC*, 2020, p. 867 ss.; E. RIMINI, *Gli investimenti esteri diretti in Italia e dall'Italia verso Paesi terzi: è ravvisabile un percorso che possa davvero agevolare un "commercio libero ed equo"?*, in *Giur. comm.*, I, 2020, p. 1142 ss.; G. DELLA CANANEA-L. FIORENTINO (a cura di), *I poteri speciali del Governo nei settori strategici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; F. BASSAN, *Prime note prospettiche sul Golden power applicato a banche e assicurazioni*, consultabile in www.dirittobancario.it, aprile 2020; V. DONATIVI, *I golden powers nel "d.l. liquidità"*, consultabile in www.ilcaso.it, aprile 2020; I. POLLASTRO, *La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (golden power) e misure suggerite (voto maggiorato)*, in M. IRRERA (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, consultabile in www.centrores.org, aprile 2020, p. 80 ss.; G. GASPARI, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione europea*, in *Federalismi*, 27 maggio 2020; P. CAGGIANO, *Covid-19. Misure urgenti sui poteri speciali dello Stato nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni*, in *Federalismi*, 29 aprile 2020; R. MAGLIANO, *Gli orientamenti della Commissione europea sul controllo degli investimenti esteri diretti e i golden powers rafforzati in tempo di pandemia*, consultabile in www.dirittobancario.it, luglio 2020; F. FIORDIPONTI, *La situazione d'emergenza, necessità e occasione per potenziare i meccanismi di golden power*, in www.dirittobancario.it, marzo 2021; A. NAPOLITANO, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d. golden powers*, in *Dir. pubbl. europ. rassegna online*, 2, 2020, p. 11 ss.; F. ANNUNZIATA-A. SACCO GINEVRI-C. SAN MAURO, *I golden powers fra Stato e mercato, e coronavirus: regole per l'emergenza o per il futuro*, in U. Malvagna-A.S. Ciarrone Alibrandi (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pacini, Pisa, 2020, p. 34 ss.; M. RESCIGNO-E. RIMINI, *Golden power e coronavirus: regole per l'emergenza o per il futuro*, in *AGE*, 2020, p. 517 ss.; nonché, sia consentito il rinvio a A. SACCO GINEVRI, *The Italian Foreign Direct Investments Screening in times of COVID-19: trends and perspectives*, in *Law and Economic Yearly Review*, 2020, p. 122 ss.; ID., *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in D. Rossano (a cura di), *Covid-19 emergenza sanitaria ed economica*, Cacucci, Bari, 2020, p. 159 ss.

² Sul fatto che i *golden powers* sono sostanzialmente "*poteri di decisione politica*" si v., *ex multis*, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, II ed., 2003, p. 130.

piche del controllo sugli investimenti esteri diretti (*FDI screening*)³.

All'evoluzione in analisi hanno contribuito almeno due fattori.

In un primo momento è stata determinante la tecnologizzazione dei mercati finanziari e delle relative *infrastrutture*, la cui complessità e interconnessione hanno indotto l'Unione europea a inserire tali *assets* fra quelli protetti dall'art. 4, par. 1, del regolamento (UE) n. 452/2019 sugli investimenti esteri diretti⁴ (attuato in anticipo, in Italia, dal citato d.l. n. 148/2017)⁵.

Successivamente, l'epidemia da Covid-19 ha enfatizzato l'esigenza, soprattutto per l'economia italiana, di salvaguardare – con i *golden powers* – anche gli operatori bancari, assicurativi e finanziari⁶ domestici.

Il combinato di tali circostanze ha portato i protagonisti del settore finanziario a confrontarsi con il lacunoso e disomogeneo quadro normativo in materia di *golden powers*, che è caratterizzato da una notevole *indeterminatezza* e complessiva *imprevedibilità* (i) delle imprese e degli *assets* assoggettati ai poteri speciali, (ii) delle condizioni e prescrizioni governative potenzialmente applicabili, nonché (iii) delle fattispecie idonee a modificare titolarità, controllo, disponibilità o destinazione degli attivi strategici⁷.

A ciò si aggiunga che la disciplina di cui trattasi, contenuta principalmente nel d.l. n. 21/2012 e in numerose fonti secondarie, oltre ad essere stata più volte modificata nel tempo, incorpora talune previsioni (ereditate dall'originario d.l. n. 332/1994 sulle privatizzazioni) divenute oramai sostanzialmente obsolete alla luce dell'evoluzione normativa quasi-trentennale della materia⁸. Di qui le difficol-

³ Sulla nozione di "investimento estero diretto" si v., già, R. COSTI, *Gli investimenti esteri in Italia*, in F. Capriglione-V. Mezzacapo (a cura di), *Il sistema valutario italiano*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 766 ss.

⁴ In particolare, l'art. 4 par. 1 del Regolamento prevede che, nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione i suoi effetti potenziali, tra l'altro, a livello di: a) infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o *finanziarie*, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso (...), tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; o e) libertà e pluralismo dei media.

⁵ In questi termini v. S. ALVARO, *Poteri speciali e settore finanziario*, in AA.VV., *Golden power*, in GNOSIS, a cura del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, 2019, p. 75, consultabile in www.sicurezzanazionale.gov.it; nonché S. ALVARO-M. LAMANDINI-A. POLICE-I. TAROLA, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quaderni giuridici Consob*, 2019, consultabile in www.consob.it, p. 59, p. 65.

⁶ Cfr. S. ALVARO, *Poteri speciali e mercati finanziari. Il ritorno dello Stato nei mercati finanziari?*, in G. Della Cananea-L. Fiorentino (a cura di), *op. cit.*, p. 205 ss.; H. BERGER, *The Banking and Insurance Sector*, in *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, Springer, 2020, p. 1 ss.; R. LENER, *Brevi note sul golden power nel «settore finanziario» alla luce del Decreto Liquidità*, in AGE, 2020, p. 545 ss.; nonché sia consentito il rinvio a A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e infrastrutture finanziarie dopo il Decreto Liquidità*, consultabile in www.dirittobancario.it, aprile 2020.

⁷ Cfr. G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, p. 549 ss.; M. LAMANDINI, *Golden share e libera circolazione dei capitali in Europa e in Italia*, in *Giur. comm.*, I, 2016, p. 671 ss.; nonché sia consentito il rinvio a A. SACCO GINEVRI, *L'espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, in *RTDE*, I, 2019, p. 151 ss.

⁸ Ad es. la sterilizzazione dei diritti sociali acquisiti prima dell'ottenimento del nulla osta go-

tà ermeneutiche per gli operatori, i quali si trovano dinanzi a un quadro regolamentare caratterizzato da una sorta di “appiattimento sincronico” difficile da dipanare.

Ciò premesso, il presente contributo si propone di richiamare le ragioni che hanno indotto il regolatore ad estendere al settore *lato sensu* finanziario l’operatività dei *golden powers*, evidenziando i principali problemi applicativi sottesi a tale scelta legislativa.

2. Le infrastrutture finanziarie

Come accennato, sin dal 2017⁹ le *infrastrutture finanziarie* sono ricomprese, in Italia, negli attivi strategici protetti dai *golden powers* di cui all’art. 2 d.l. n. 21/2012.

Tale scelta del legislatore nazionale ha anticipato quanto prescritto nel regolamento (UE) n. 452/2019, in cui è altresì precisato – al trentasettesimo considerando – che le previsioni sul controllo degli investimenti esteri diretti nell’Unione non incidono sulle regole settoriali «*per la valutazione prudentiale delle acquisizioni di partecipazioni qualificate nel settore finanziario*» essendo queste oggetto di «*una procedura distinta con un obiettivo specifico*»¹⁰. Il che apre alla delicata convivenza fra processi autorizzativi settoriali, in capo alle autorità di vigilanza competenti, e scrutinio rimesso alle autorità governative.

Originariamente, nell’ambito delle infrastrutture finanziarie erano considerate assoggettate a *golden powers* quelle «*genuinamente essenziali...[dal] carattere non replicabile o difficilmente replicabile*» o comunque dall’elevato “*grado di interconnessione*”¹¹, ivi incluse le banche *significant*¹².

In tale contesto è intervenuto l’art. 15 del d.l. n. 23/2020 precisando che, ai fini dell’operatività dei *golden powers*, si intendono *compresi* nel settore finanziario anche i settori creditizio e assicurativo. Di talché, oltre alle infrastrutture finanziarie vere e proprie sono entrati nel perimetro di applicazione dei *golden powers* anche gli operatori bancari, assicurativi e finanziari *tout court*¹³.

Le modifiche apportate dal d.l. n. 23/2020 in materia di *golden powers* prendono le mosse da quanto indicato dalla Commissione europea con le comunicazioni del 13 e del 29 marzo 2020¹⁴, che hanno raccomandato agli Stati

vernativo, che è estranea alla prassi più recente di approvazione preventiva al completamento dell’operazione, e via discorrendo.

⁹ In arg. si v. S. ALVARO-M. LAMANDINI-A. POLICE-I. TAROLA, *op. cit.*

¹⁰ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell’arena economica globale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, p. 2 ss.; R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Federalismi*, n. 17, 2019, p. 4 ss.; F. ANNUNZIATA-M. SIRI, *La crisi pandemica e la regolazione dei mercati dei capitali*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 572 ss.

¹¹ In questi termini v. S. ALVARO, *Poteri speciali e settore finanziario*, cit., p. 75, consultabile in www.sicurezzanazionale.gov.it.

¹² Cfr. F. ANNUNZIATA, *Infrastrutture finanziarie e controllo degli investimenti esteri*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening, Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 108 ss.; R. LENER, *Golden powers e investimenti esteri nelle infrastrutture finanziarie*, in *RTDE*, 2020, p. 238.

¹³ Cfr. art. 15 d.l. 8 aprile 2020, n. 23, che ha modificato sul punto l’art. 4-bis, comma 3, del d.l. 21 settembre 2019, n. 105.

¹⁴ Come osservato nella Comunicazione del 13 marzo 2020 dalla Commissione, «Gli Stati

membri di utilizzare congegni difensivi per preservare il localismo delle proprie società strategiche in un momento congiunturale di loro particolare esposizione alle scalate ostili degli investitori stranieri. E ciò nell'ottica di tutelare efficacemente la stabilità finanziaria dei singoli Paesi messa in pericolo dalla grave emergenza epidemiologica del momento¹⁵.

Una delimitazione più puntuale del perimetro degli *assets* strategici nel settore finanziario si deve al successivo d.p.c.m. n. 179/2020¹⁶, che all'art. 8 – rubricato «*Beni e rapporti nel settore finanziario, ivi compreso quello creditizio e assicurativo, e delle infrastrutture dei mercati finanziari*» – individua le «infrastrutture critiche» e le «tecnologie critiche» assoggettate ai poteri speciali in siffatto ambito.

Quanto alle «*infrastrutture critiche*», la lett. a) dell'art. 8 citato precisa che, nel settore finanziario, tale nozione include «le piattaforme, per la negoziazione multilaterale di strumenti finanziari o di depositi monetari, per l'offerta di servizi di base dei depositari centrali di titoli e di servizi di compensazione in qualità di controparte centrale nonché per la compensazione o il regolamento dei pagamenti»¹⁷. In termini generali, l'art. 2, lett. a) del medesimo d.p.c.m. definisce le «*infrastrutture critiche*» come «*le infrastrutture essenziali per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico e sociale della popolazione*».

Quanto alle «*tecnologie critiche*», la lett. b) dell'art. 8 citato precisa che, nel settore finanziario, tale categoria include tecnologie: 1) quali l'intelligenza artificiale e i registri distribuiti, funzionali all'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati¹⁸, di cui all'art. 36, comma 2-bis, d.l. 30 aprile 2019, n. 34¹⁹; 2) digitali relative a sistemi e servizi di pagamento, di moneta elettronica e di trasferimento di denaro, gestione della liquidità, attività di prestito, *factoring*, *trading*, gestione di investi-

membri devono essere vigili e utilizzare tutti gli strumenti disponibili a livello nazionale e unionale per evitare che l'attuale crisi determini una perdita di risorse e tecnologie critiche».

¹⁵ Cfr. D. GALLO, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, in questo numero della Rivista.

¹⁶ Il d.p.c.m. n. 179/2020 individua per la prima volta i beni e i rapporti considerati strategici nei settori «europei» incidendo sui seguenti settori: energia, acqua, salute, dati e informazioni sensibili; infrastrutture elettorali, settore finanziario, ivi compreso il settore creditizio ed assicurativo, e i mercati finanziari; l'intelligenza artificiale, robotica, semiconduttori, cibersicurezza, nanotecnologie e biotecnologie; infrastrutture e tecnologie aereospaziali non militari; agroalimentare; prodotti a duplice uso e libertà e pluralismo dei media.

¹⁷ Sul funzionamento dell'infrastruttura finanziaria si v., *ex multis*, C. ANGELICI, *Sul "contratto" di borsa*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 85 ss.; M. SEPE, *La nuova regolazione dei mercati finanziari*, CEDAM, Padova, 2016, *passim*.

¹⁸ *Amplius* V. LEMMA, *Fintech Regulation. Exploring new challenges of the Capital Market Union*, Palgrave Macmillan, Londra, 2020, *passim*; M. PELLEGRINI, *Il diritto cybernetico nei riflessi sulla materia bancaria e finanziaria*, in F. Capriglione (a cura di), *Liber Amicorum Guido Alpa*, CEDAM, Padova, 2019, p. 351 ss.; D. ROSSANO, *Il robo-advice alla luce della normativa vigente*, in F. Capriglione (a cura di), *Liber Amicorum Guido Alpa*, cit., p. 365 ss.

¹⁹ L'art. 36, comma 2-bis, citato nel testo dispone che, al fine di promuovere e sostenere l'imprenditoria, di stimolare la competizione nel mercato e di assicurare la protezione adeguata dei consumatori, degli investitori e del mercato dei capitali, nonché di favorire il raccordo tra le istituzioni, le autorità e gli operatori del settore, il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti la Banca d'Italia, la Consob e l'IVASS, adotta, entro il 31 gennaio 2021, uno o più regolamenti per definire le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione relativa alle attività di tecno-finanza (FinTech) volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie quali l'intelligenza artificiale e i registri distribuiti, dell'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati.

menti²⁰; 3) digitali applicate in ambito assicurativo (*Insurtech*)²¹; 4) per lo sviluppo di *software* per la protezione dei dati relativi alla persona, alla negoziazione e allo scambio di dati e prodotti, nonché alla gestione documentale nell'ambito della gestione delle attività finanziarie²²; 5) «basate su registri distribuiti» (*blockchain*) di cui all'art. 8-ter d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, su cui operano «*smart contract*» come definiti al secondo comma del medesimo articolo²³. In termini generali, l'art. 2, lett. b) del medesimo d.p.c.m. definisce le «*tecnologie critiche*» come «le tecnologie essenziali per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza, del benessere economico e sociale della popolazione, nonché per il progresso tecnologico».

L'art. 8 del d.p.c.m. in parola conclude, poi, con una previsione dalla portata residuale (lett. c), che riconduce ai beni e rapporti strategici nel settore di cui trattasi anche «le attività economiche di rilevanza strategica finanziarie, creditizie e assicurative, anche se svolte da intermediari, esercitate da imprese che realizzano un fatturato annuo netto non inferiore a 300 milioni di euro e aventi un numero medio annuale di dipendenti non inferiore a duecentocinquanta unità»²⁴.

Si rammenta che l'art. 2, lett. e) del medesimo d.p.c.m. – nel delineare le definizioni di portata generale – precisa che per «*attività economiche di rilevanza strategica*» si intendono «le attività economiche essenziali per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza, del benessere economico e sociale della popolazione, nonché per il progresso tecnologico».

²⁰ Si v. in arg., senza pretesa di esaustività, M.T. Paracampo (a cura di), *Fintech*, Giappichelli, Torino, 2021, *passim*; L. Ammannati-R. Cafari Panico (a cura di), *I servizi pubblici vecchi problemi e nuove regole*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; A. CANEPA, *I mercanti nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 79 ss.; M. Cian-C. Sandei (a cura di), *Diritto del Fintech*, CEDAM, Milano, 2020, *passim*; F. Fimmanò-G. Falcone (a cura di), *FinTech*, ESI, Napoli, 2019, *passim*; M. RABITTI-A. SCIARRONE ALDIBRANDI, *I servizi di pagamento tra PSD2 e GDPR: Open Banking e conseguenze per la clientela*, in F. Capriglione (a cura di), *Liber Amicorum Guido Alpa*, cit., p. 711 ss.

²¹ Cfr. E. BATTELLI, *Big data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo: vantaggi e nuovi rischi*, in *Corr. Giur.*, 2019, p. 1517 ss.

²² Sul tema v., *ex multis*, A. BURCHI-S. MEZZACAPO-P. MUSILE TANZI-V. TROIANO, *Financial Data Aggregation e Account Information Services. Questioni regolamentari e profili di business*, in Quaderni FinTech Consob, 2019.

²³ L'art. 8-ter citato nel testo, dedicato alle tecnologie basate su registri distribuiti e *smart contract*, definisce «*tecnologie basate su registri distribuiti*» le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili. Al comma 2 definisce «*smart contract*» un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Si v. in arg. A. DAVOLA, «*Blockchain*» e «*Smart Contract as a service*» (SCaaS): prospettive di mercato a criticità normative delle prestazioni BaaS e SCaaS alla luce di un'incerta qualificazione giuridica, in *Diritto Industriale*, 2, 2020, p. 147 ss.; E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici*, in *AGE*, 2, 2018, p. 533 ss.

²⁴ Si ricorda che nel parere reso dalle commissioni parlamentari competenti sullo schema di DPCM di cui trattasi era stato osservato come fosse opportuno valutare «l'opportunità di prevedere, all'articolo 8, comma 1, lettera c), una riduzione delle soglie minime indicate, ai fini dell'inclusione nel perimetro dei poteri speciali, in relazione al fatturato annuo netto e al numero medio annuale di dipendenti delle imprese che esercitano attività economiche aventi una rilevanza strategica nel settore finanziario, creditizio e assicurativo, allo scopo di ampliare la portata applicativa della disciplina in oggetto e quindi il suo grado di efficacia in ambiti particolarmente delicati sotto il profilo della criticità e della strategicità dei relativi beni e rapporti giuridici».

Merita attenzione la circostanza che – nella costruzione regolamentare – può accadere che operatori *lato sensu* finanziari, apparentemente estranei al perimetro individuato dall'art. 8 del d.p.c.m., possano comunque ricadere nelle maglie dei *poteri speciali* in ragione di indici di strategicità dipendenti da altre aree di rilevanza del loro *business*, tra cui ad esempio, nel settore in analisi, la gestione di dati sensibili della clientela, che potrebbe attivare le previsioni di cui all'art. 6 del medesimo d.p.c.m. (dedicato, appunto, ai dati e alle informazioni sensibili)²⁵.

La relazione illustrativa di accompagnamento allo schema di d.p.c.m. di cui trattasi ha cura di chiarire che i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale – di cui all'art. 2, comma 1-ter, d.l. n. 21/2012 – concretamente individuati con il d.p.c.m. medesimo, sono comunque «*ulteriori*» rispetto a quelli già identificati ai sensi degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, del medesimo decreto legge, con la conseguenza che, «nel caso in cui un bene o un rapporto rientri nell'ambito applicativo di due regolamenti, quello adottato ai sensi del citato comma 1-ter sarà cedevole»²⁶.

3. (Segue): gli intermediari finanziari

Come detto, oltre alle infrastrutture finanziarie, l'art. 8 del d.p.c.m., con formula dall'applicazione residuale (lett. c), annovera fra i beni e rapporti strategici soggetti a *golden powers* anche le attività economiche di rilevanza strategica svolte da intermediari bancari, assicurativi e finanziari rilevanti per dimensioni.

Le ragioni sottese a tale disposizione sono diffusamente evidenziate nella relazione del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR) del 5 novembre 2020 riguardante la «*tutela degli asset strategici nazionali nei settori bancario e assicurativo*»²⁷, in cui il Comitato ha auspicato un «*ruolo più incisivo*» dei pubblici poteri nel «*monitoraggio delle operazioni di acquisizione e accorpamento che coinvolgano i principali istituti bancari e assicurativi*» italiani. E ciò nella dichiarata convinzione che la tutela della sicu-

²⁵ L'art. 6 del d.p.c.m. 179/2020 elenca una lunga serie di dati potenzialmente rilevanti, suddividendoli per il rilievo qualitativo e quantitativo. Per quanto attiene agli aspetti qualitativi, si evidenziano i dati relativi alle infrastrutture critiche o dei dati relativi al censimento e al monitoraggio della sicurezza delle opere pubbliche; dei dati raccolti tramite sistemi di navigazione satellitare per la tracciatura di campi, di mari, ecc. o di dati raccolti tramite sensori per la rilevazione dello stato del suolo e delle acque, nonché i dati raccolti relativi alla composizione biochimica del suolo agricolo; altri dati rilevanti attengono alla gestione delle variabili spaziali e temporali delle colture, dell'allevamento, della pesca e dell'acquacoltura, alla gestione ed al controllo del trasporto, ai profili di *security* e *safety*, nonché alla gestione di flussi nel campo della logistica; i dati relativi alle attività di gestione dei mercati del gas naturale dell'energia elettrica e degli idrocarburi; i dati raccolti e gestiti tramite i sistemi informativi degli uffici giudiziari. Il d.p.c.m. individua poi una serie di dati che assumono rilevanza nei limiti in cui assumono un rilievo quantitativamente essenziale, presuntivamente sussistente qualora siano riferibili almeno a trecentomila persone fisiche o enti. Tra tale tipologia di dati, soggetta al superamento di un dato rilievo quantitativo, merita ricordare: dati personali e sensibili; dati raccolti tramite l'utilizzo di specifiche infrastrutture e tecnologie quali *smart metering*, *smart car*, *smart building*, *smart city*, *smart home*, telemetria, *cloud computing*, ecc.

²⁶ In questi termini si esprime la relazione illustrativa di accompagnamento allo schema di DPCM presentato alle competenti commissioni parlamentari, a p. 1.

²⁷ Cfr. Relazione del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR) del 5 novembre 2020, consultabile in www.camera.it, *passim*.

rezza e degli interessi nazionali, nell'attuale contesto globale, debba perseguirsi anche sul terreno delle strategie economiche e finanziarie, a fronte di «ingenere di soggetti esteri ...dettate non da motivazioni strettamente economiche ma anche (o solo) da strategie di politica industriale, in molti casi riconducibili, più o meno indirettamente, a Stati sovrani».

L'esposizione attuale di banche, imprese di assicurazione e altri intermediari finanziari italiani al pericolo di acquisizioni ostili da parte di potenziali scalatori stranieri è considerata, dal Copasir, particolarmente rischiosa per l'economia nazionale in ragione della parcellizzazione del tessuto produttivo, che accentua la dipendenza delle imprese dal settore bancario, e dell'«alta specializzazione industriale, che rende molto appetibili le nostre imprese», esponendole all'ingresso nel proprio capitale di «fondi locusta».

La natura strategica degli operatori finanziari italiani è ulteriormente rafforzata – ad avviso del Copasir – dalla loro marcata propensione a sottoscrivere titoli di Stato nazionali, impiegando a tal fine una provvista principalmente raccolta sul territorio di riferimento. Il che, secondo il Copasir, renderebbe auspicabile, per tali istituzioni, il mantenimento di una «*proprietà italiana*» e di «grandi centri direzionali, con *governance* e sede in Italia», onde evitare una forte asimmetria tra l'area di raccolta delle risorse finanziarie e quella di impiego delle stesse, in un momento storico in cui si «dovrebbe tendenzialmente sostenere il sistema economico» facilitando le politiche di accesso al credito adottate dal Governo con le misure assunte nel contesto dell'emergenza sanitaria.

Di qui l'esigenza di contemperare le logiche di mercato con gli interessi nazionali, che hanno portato il Copasir a suggerire un assetto dei poteri statali impostato su un «*regime autorizzatorio*», e comunque a raccomandare la proroga del termine originariamente previsto al 31 dicembre 2020 (da ultimo esteso al 31 dicembre 2021) per l'esercizio dei *golden powers* anche nei confronti degli acquirenti *europei*²⁸.

Anche nella Relazione al Parlamento sulla politica dell'informazione per la sicurezza 2020 è precisato che l'interesse informativo dei pubblici poteri si è appuntato, tra l'altro, «su talune progettualità estere suscettibili di ricadute anche sugli equilibri di finanziamento del debito pubblico italiano e sulle *policy* di erogazione di crediti alle nostre imprese» in quanto eventuali acquisizioni di operatori finanziari nazionali da parte di attori stranieri avrebbero potuto determinare una vendita di titoli pubblici italiani e una contrazione dei finanziamenti a favore di aziende nazionali, con grave nocimento per il sistema economico italiano²⁹.

Le posizioni sopra richiamate disvelano un approccio propulsivo della politica in ambito finanziario, volto a irrobustire la regia pubblica anche in settori – quali quelli del credito e delle assicurazioni³⁰ – la cui vigilanza esterna era da

²⁸ Termine esteso, alla data in cui le bozze del presente contributo sono licenziate, dall'art. 4 del d.l. 30 aprile 2021, n. 56.

²⁹ Cfr. Relazione al Parlamento sulla politica dell'informazione per la sicurezza 2020, consultabile in www.sicurezzanazionale.gov.it, febbraio 2021, p. 47 ss., in cui è altresì indicato che «Costante vigilanza informativa è stata riservata, inoltre, alla tecnologia Fintech, per i suoi effetti trasformativi sul settore finanziario nazionale, tanto più rilevanti in una fase che, alla luce dell'emergenza sanitaria, ha visto l'estensione e l'accelerazione dei processi di digitalizzazione anche in campo economico-finanziario».

³⁰ Non pare un caso che – ai sensi del decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 2 luglio 2014 – fra i settori strategici in cui può investire CDP Equity S.p.A. rientrino anche il settore delle assicurazioni e dell'intermediazione finanziaria.

tempo rimessa all'operato esclusivo di autorità tecniche e indipendenti³¹. Queste ultime, peraltro, non si sono dimostrate insensibili alle esigenze di stabilità del sistema in epoca di pandemia, come testimoniato, fra le altre cose, dalle prescrizioni assai restrittive emanate in materia di dividendi. Difatti, l'obbligo di "portare a nuovo" tali risorse è stato imposto, *inter alia*, per favorire il sostegno alle imprese domestiche minacciate dalla crisi sistemica prodotta dal Covid-19, a conferma della strategicità delle istituzioni finanziarie in epoca di coronavirus atteso che tali intermediari rivestono un ruolo "cruciale" nel finanziare «households, small and medium businesses and corporations amid the coronavirus disease 2019 (COVID 19)-related economic shock»³².

Peraltro, l'estensione dei meccanismi governativi di protezione nei confronti delle principali banche e imprese di assicurazione italiane ha trovato ulteriore giustificazione nella polverizzazione dell'azionariato di numerosi operatori del settore, dovuta a una serie di fattori fra cui la perdita di redditività del *business* creditizio tradizionale, l'eccesso di patrimonializzazione richiesta agli intermediari finanziari e le trasformazioni subite dai modelli bancari di stampo cooperativo: elementi che hanno reso le istituzioni finanziarie italiane agevolmente scalabili in tempi emergenziali³³.

4. La disciplina

Come anticipato, con il c.d. decreto liquidità il settore finanziario è entrato a far parte delle aree strategiche di cui all'art. 2 d.l. n. 21/2021.

Ciò significa che, fino al 31 dicembre 2021, al dichiarato «fine di contrastare l'emergenza epidemiologica da covid-19 e contenerne gli effetti negativi», anche in tale settore sono transitoriamente assoggettate ai *golden powers*, da un lato, le acquisizioni del controllo societario³⁴ da parte di investitori esteri *europoi* e l'assunzione di partecipazioni almeno pari al dieci per cento del capitale da parte di acquirenti *extra-UE* nonché, dall'altro lato, le delibere, gli atti o le operazioni, adottati da un'impresa *target*, che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi strategici o il cambiamento della loro destinazione³⁵.

³¹ Sull'osservazione che «anche attraverso il sistema creditizio, venga valorizzato ed incoraggiato il risparmio come fattore di sviluppo dell'economia reale» si v., da ultimo, G. TROVATORE-F. SAVASTA, *Il progetto della Capital Markets Union e l'art. 47 della Costituzione (brevi note sul valore del risparmio)*, in *Federalismi*, 2021, p. 277 ss.

³² Così BCE, *Recommendation of the European Central Bank of 27 March 2020 on dividend distributions during the COVID-19 pandemic and repealing Recommendation (ECB/2020/1)*, 27 marzo 2020, consultabile in www.ecb.europa.eu. In arg. cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI-C. FRIGENI, *Restrictions on Shareholder's Distributions in the COVID-19 Crisis: Insights on Corporate Purpose*, in AA.VV., *Pandemic Crisis and Financial Stability*, European Banking Institute, consultabile in www.ebi-europea.eu, maggio 2020, p. 429 ss.; G. SANDRELLI, *La raccomandazione della Banca Centrale Europea sulla distribuzione di utili da parte degli enti creditizi*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 506 ss.

³³ Per un'analisi più approfondita sia consentito il rinvio a A. SACCO GINEVRI, *Le banche italiane verso l'azionariato diffuso: profili organizzativi e di mercato*, in *RTDE*, I, 2017, p. 161 ss.

³⁴ La norma fa riferimento, nello specifico, agli acquisti a qualsiasi titolo di partecipazioni, da parte di soggetti esteri, anche appartenenti all'Unione europea, di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto, ai sensi dell'art. 2359 c.c. e del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

³⁵ *Amplius* D. GALLO, *op. cit.*

In particolare, fino al 31 dicembre 2021, nei confronti di società strategiche nel settore finanziario («intendendosi compresi nel settore finanziario i settori creditizio e assicurativo») l'autorità governativa italiana può esercitare i seguenti poteri speciali: (a) il potere di veto (o di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni) all'adozione da parte dell'organo di amministrazione o dell'assemblea, di atti, operazioni o delibere che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi strategici o il cambiamento della loro destinazione³⁶, comprese le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento all'estero della sede sociale, la modifica dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la modifica di clausole statutarie concernenti tetti azionari³⁷, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia, nonché il trasferimento di società controllate che detengono i predetti attivi; nonché (b) il potere di opposizione (o di imposizione di impegni all'acquirente) in ipotesi di (b1) acquisti di partecipazioni di controllo (ex artt. 2359 c.c. e 93 d.lgs. n. 58/1998³⁸) effettuati da soggetti esteri (i.e. non italiani) appartenenti all'Unione europea, (b2) acquisti di partecipazioni, da parte di soggetti esteri non appartenenti all'Unione europea, che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10%, tenuto conto delle azioni o quote già direttamente o indirettamente possedute, quando il valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a 1 milione di Euro, e sono altresì notificate le acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15%, 20%, 25% e 50% del capitale³⁹.

Dopo il 31 dicembre 2021 (salvo proroghe), invece, il potere di veto (o di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni) sopra indicato si applicherà solo ad atti, operazioni o delibere che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi strategici *a favore di un soggetto esterno all'Unione europea*, comprese le operazioni straordinarie specifiche in precedenza elencate⁴⁰, mentre il potere di opposizione (o di imposizione di impegni all'acquirente) troverà applicazione solo in ipotesi di acquisto di partecipazioni da parte di un *soggetto esterno all'Unione europea* tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'ac-

³⁶ Cfr. l'art. 4-bis, comma 3-bis, del d.l. n. 105/2019, introdotto, come detto, ad opera del d.l. n. 23/2020, conv. in legge n. 40/2020.

³⁷ Si tratta delle clausole statutarie eventualmente adottate ai sensi dell'art. 2351, comma 3, c.c., ovvero introdotte ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474.

³⁸ Le nozioni societarie richiamate nella disciplina (ad es., la nozione di "controllo" ex art. 2359 c.c. oppure la modifica del controllo sugli *asset* strategici) sono interpretate in maniera assai estensiva dal Governo. Si v. sul punto L. LOCCI, *Foreign Direct Investments. The Vivendi/TIM case*, in A. Sacco Ginevri (a cura di), *Commentaries and Cases on Italian Business Law*, Milano, 2020, p. 131 ss.

³⁹ Cfr. l'art. 4-bis, comma 3-bis, del d.l. n. 105/2019, come modificato ad opera del d.l. n. 23/2020 conv. in legge n. 40/2020.

⁴⁰ Cfr. art. 2, comma 2-bis, d.l. n. 21/2012. Si tratta, nello specifico, delle delibere aventi ad oggetto fusioni, scissioni, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi gli attivi strategici o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia, il trasferimento di società controllate che detengono i predetti attivi, ovvero che abbiano per effetto il trasferimento della sede sociale in un *Paese non appartenente all'Unione europea*.

quisto, ai sensi dell'art. 2359 c.c. e dell'art. 93 d.lgs. n. 58/1998⁴¹.

Al fine di consentire al Governo l'esercizio dei suddetti poteri speciali, l'impresa strategica (nel caso di delibera, atto o operazione adottato o posto in essere dalla stessa) ovvero l'acquirente (nel caso di acquisto di partecipazioni) sono tenuti ad effettuare una notifica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri⁴², redatta nel rispetto del formulario messo a disposizione da quest'ultima, che prevede, tra l'altro, che il potenziale acquirente produca, *inter alia*, copia del «piano finanziario e progetto industriale perseguito con l'operazione».

A ciò si aggiunga l'incertezza dovuta al fatto che imprese apparentemente operanti nei settori strategici di cui all'art. 2 d.l. n. 21/2012 (tra cui quello finanziario, creditizio e assicurativo) potrebbero essere assoggettate, invece, alla più rigida disciplina prevista per le società operanti nell'art. 1 d.l. n. 21/2012 qualora – a giudizio del Governo – fra le attività direttamente o indirettamente riferibili a dette società rientrino fattispecie rilevanti anche ai fini della difesa e sicurezza nazionale⁴³. E quest'ultima fattispecie potrebbe verificarsi senza che rilevino indici dimensionali o quantitativi con riguardo al ramo o ambito di operatività strategica astrattamente ricompreso nei settori «altamente strategici» di cui all'art. 1 d.l. n. 21/2012.

Una volta ricevuta la notifica – ovvero, una volta accertata la violazione degli obblighi di notifica sopra descritti – il Governo avrà a disposizione 45 giorni di tempo per valutare se le operazioni notificate possano comportare una «*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici*» ovvero il «*pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico*»⁴⁴.

Non è di poco conto, nel settore finanziario, la precisazione che i *golden powers* si applicano nella misura in cui la tutela degli interessi essenziali dello Stato non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione di settore⁴⁵. Tant'è che nell'istruttoria propedeutica alla valutazione governativa prevista dalle disposizioni sugli investimenti esteri diretti è prevista la collaborazione delle autorità finanziarie domestiche (Banca d'Italia, IVASS, Consob, COVIP, ecc.) in base all'art. 2-bis d.l. n. 21/2012, fermo restando che, come è stato correttamente osservato, il segreto istruttorio – appli-

⁴¹ Cfr. art. 2, comma 5, d.l. n. 21/2012.

⁴² Si v., diffusamente, V. DONATIVI, *Golden powers. Profili di diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 213 ss.

⁴³ In altre parole, qualora un'impresa strategica operante nell'art. 2 del d.l. 21/2012 dovesse avere in essere contratti o attività rilevanti anche ai fini dei settori di cui all'art. 1 del medesimo d.l. si ritroverebbe ricompresa nel più stringente ambito di cui all'art. 1 medesimo.

⁴⁴ A tal fine, l'art. 2, comma 6, d.l. n. 21/2012 prevede che «per determinare se un investimento estero possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico è possibile prendere in considerazione le seguenti circostanze: a) che l'acquirente sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, compresi organismi statali o forze armate, di un Paese non appartenente all'Unione europea, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti b) che l'acquirente sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro dell'Unione europea; c) che vi sia un grave rischio che l'acquirente intraprenda attività illegali o criminali». Cfr. D. GALLO, *op. cit.*

⁴⁵ Cfr. l'art. 4-bis, comma 3-*quater*, d.l. 105/2019 – introdotto dall'art. 15 d.l. 23/2020 – ai sensi del quale, tra l'altro, «fermo restando l'obbligo di notifica, i poteri speciali di cui all'art. 2 d.l. n. 21/2012 relativi a società che detengono beni e rapporti nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettere a), b), c), d) e e) del regolamento (UE) n. 452/2019, intendendosi compresi nel settore finanziario i settori creditizio e assicurativo, si applicano nella misura in cui la tutela degli interessi essenziali dello Stato, ovvero la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, previsti dal medesimo articolo 2, non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione di settore».

cabile, ad es., alla BCE – mal si concilia con le esigenze di coordinamento fra autorità di controllo evocato dalla norma da ultimo richiamata⁴⁶.

Va peraltro evidenziato che i *golden powers* mirano a tutelare interessi pubblici non perfettamente coincidenti con quelli protetti, in ambito settoriale, dalla regolamentazione bancaria e assicurativa, come dimostrato dal fatto che i poteri governativi consentono allo Stato di prescrivere l'adozione di condizioni e comportamenti ad ampissimo spettro. Tuttavia, i diversi plessi disciplinari in parola possono convivere⁴⁷, come tipicamente avviene ogni volta che un'operazione di concentrazione sia, al contempo, oggetto di scrutinio da parte dell'autorità di vigilanza in ambito finanziario e dell'autorità *antitrust*⁴⁸.

Sotto altro versante, lascia perplessi la circostanza che, anche in ambito finanziario, sono assoggettate a un percorso istruttorio – seppur semplificato – persino le *operazioni infragruppo*⁴⁹, nelle quali, evidentemente, gli assetti di controllo sugli attivi strategici non sono fisiologicamente esposti a modifiche rilevanti. Tale previsione apre il campo a riflessioni in merito agli obiettivi realmente perseguiti dal legislatore con le disposizioni in materia di *golden powers*, atteso che queste ultime, per certi versi, possono assicurare alla pubblica amministrazione poteri di monitoraggio sull'operatività *ordinaria* di impresa e non solo sugli investimenti esteri diretti⁵⁰.

Siffatta considerazione trova conferma anche nella prassi applicativa del Governo italiano⁵¹. Infatti, i *golden powers* sulle deliberazioni di società *target* strategiche sono concretamente esercitati anche in operazioni *integralmente italiane*; e ciò in quanto, sino al 31 dicembre 2021, per come è applicata la disciplina *de qua*, rimangono oggetto di potenziale scrutinio della Presidenza del Consiglio dei Ministri attraverso il potere di veto (nonché, più spesso, di imposizione di prescrizioni e condizioni) tutte le delibere, atti od operazioni di società strategiche aventi natura straordinaria⁵² o, comunque, che abbiano per ef-

⁴⁶ L'osservazione è di M. PERASSI, nel corso del convegno organizzato in data 4 dicembre 2020 da Grandangolo – Centro di ricerca Paolo Ferro-Luzzi sul diritto della banca e della finanza in Europa, dedicato a "banche e golden power". In arg. v. anche R. ANGELINI, *I rapporti tra le istituzioni nell'esercizio dei poteri speciali*, in G. Della Cananea-L. Fiorentino (a cura di), *op. cit.*, p. 271 ss.

⁴⁷ Cfr. R. GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, p. 186 ss.

⁴⁸ Così S. ALVARO, *Poteri speciali e settore finanziario*, cit., p. 75 ss.; osserva R. LENER, *Golden powers e investimenti esteri nelle infrastrutture finanziarie*, cit., p. 233, come, per gestire la pluralità di processi *lato sensu* autorizzativi, «sarebbe certamente auspicabile il raggiungimento di accordi tra le istituzioni».

⁴⁹ Cfr. art. 14, comma 2, d.p.c.m. n. 179/2020.

⁵⁰ Il che confliggerebbe con il principio generale in base al quale privilegi in capo al soggetto pubblico in ambito imprenditoriale possono sussistere «quando tali deroghe: (a) siano giustificate da ragioni di preminente interesse generale; (b) rispettino il principio di proporzionalità rispetto agli scopi prefissati» [così, *ex multis*, A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una public corporate governance?*, in R. Garofoli-A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, Bari, 2018, p. 41].

⁵¹ Su cui vale la pena fare riferimento alle relazioni annuali di cui all'art. 3-bis d.l. 21/2012, che illustrano i casi in cui il Governo è intervenuto in materia di *golden powers*, consultabili in www.governo.it.

⁵² Si tratta, come detto, delle delibere riguardanti la fusione o la scissione della società, il trasferimento all'estero della sede sociale, la modifica dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la modifica di clausole statutarie eventualmente adottate ai sensi dell'art. 2351, comma 3, c.c. ovvero introdotte ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia. Già in sede di primo commento al d.l. n. 21/2012 si segnalava come talune ipotesi di acquisizione

fetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi o il cambiamento della loro destinazione, a prescindere dalla nazionalità del beneficiario del *change of control*.

Tutto ciò riesuma preoccupazioni – invero diffuse nell’attuale contesto pandemico – circa l’eccessiva invasività del monitoraggio pubblico in economia⁵³, atteso che, per quanto qui specificamente interessa, le imprese strategiche assoggettate a *golden powers* non solo possono essere nate e cresciute per iniziativa e con capitali esclusivamente privati, ma, in ambito finanziario, la vigilanza delle autorità settoriali già incide significativamente sui piani imprenditoriali degli operatori del settore⁵⁴.

L’approccio del regolatore italiano in materia di *golden powers*, invece, sotto certi aspetti sembra riproporre logiche che parevano superate dal d.l. n. 21/2012, come ad esempio quella sottesa all’amministratore di nomina pubblica (divenuto, col tempo, senza diritto di voto) di cui alla originaria *golden share*⁵⁵; figura, quest’ultima, che non a caso è stata evocata dalla stampa specialistica nel pieno della pandemia⁵⁶ quale strumento di supervisione organica dei poteri pubblici sulle iniziative economiche private. Ebbene, sulla base di tali premesse è lecito domandarsi se i *golden powers* attivino il diritto di recesso dei soci delle imprese strategiche⁵⁷, come del resto accadeva sotto il regime della originaria *golden share* (ex legge n. 474/1994), vista la potenziale incisività consentita ai poteri pubblici nei confronti dell’organizzazione e della gestione delle società di cui trattasi.

5. Conclusioni

L’estensione dei *golden powers* italiani anche al settore finanziario (comprensivo di quello bancario e assicurativo) suscita alcune riflessioni sul piano del bilanciamento fra gli interessi in gioco.

Non sembra agevole conciliare – in un’ottica di lungo periodo – politiche eccessivamente protezionistiche con il necessario sviluppo tecnologico del settore, che richiederebbe una maggiore internazionalizzazione dell’operatività finanziaria.

Altrettanto complessa pare la ricerca di un equilibrio fra una forte italianità

escluse dai vincoli sulla circolazione delle partecipazioni sociali potessero rientrare nelle maglie dei *golden powers* attraverso l’ampio catalogo di cui all’art. 2, comma, 2, d.l. n. 21/2012 medesimo [cfr. A. SACCO GINEVRI-F.M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in NLCC, 2013, p. 122].

⁵³ Si v. M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *questa Rivista*, 2020, p. 230 ss.

⁵⁴ Tanto che a livello europeo è stato osservato come l’esistenza di meccanismi di vigilanza settoriale in ambito bancario, assicurativo e finanziario sconsiglia l’adozione, in materia, di meccanismi di FDI screening da parte degli Stati membri [cfr. H. BERGER, *op. cit.*, p. 1 ss.].

⁵⁵ Cfr. A. SACCO GINEVRI, *La nuova “golden share”: l’amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. comm.*, II, 2005, p. 707 ss.

⁵⁶ Si v. ad es. l’editoriale di A. DE MATTIA, *Scudo anti-scalate? Ok, ma attenti ai furbetti del golden power*, in *MF*, 4, 2 aprile 2020.

⁵⁷ Tale considerazione, originariamente esposta in A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e funzionamento delle imprese strategiche*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening*, cit., p. 157, trova oggi accoglimento anche in M. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 859, e in E. RIMINI, *op. cit.*, p. 1152.

degli assetti societari e la piena esplicazione delle libertà di stabilimento e movimento dei capitali all'interno dell'Unione europea⁵⁸.

Anche i benefici delle concentrazioni aziendali non sono sempre coerenti con l'esigenza di una presenza territoriale capillare, così come, sotto altro profilo, la perdita di "redditività bancaria" mal si compendia con i limiti alla distribuzione dei dividendi, e via discorrendo.

È vero che alle crisi economiche più profonde ha fatto seguito, tradizionalmente, un potenziamento del ruolo dello Stato in economia, anche a supporto della ripresa imprenditoriale⁵⁹. È altresì vero, tuttavia, che un ritorno a logiche di *vigilanza strutturale* – improntate a un monitoraggio ordinario del pubblico sul privato (ad esempio tramite il ripristino di amministratori di designazione esterna) – potrebbe aprire problematiche nuove in un mercato oramai globalizzato⁶⁰, finendo per trasformare le imprese strategiche in novelle *società a sovranità limitata*⁶¹, in evidente contraddizione con principi consolidati del diritto dell'economia e dell'impresa.

Né aiuterebbe, in quest'ottica, giustificare l'incisività dei *golden powers* invocando l'applicazione, alle imprese strategiche, del paradigma della *società d'interesse nazionale* (art. 2451 c.c.)⁶², atteso che – anche in quest'ultima fattispecie – rimane valido il consolidato principio secondo cui «la realizzazione dell'interesse pubblico non può essere spinta fino al completo sacrificio degli interessi degli azionisti privati»⁶³.

È, piuttosto, sul piano degli incentivi a rimanere italiani, e a sostenere l'ecosistema di appartenenza, che si dovrebbe intervenire.

Posizionare le istituzioni finanziarie al centro della progettualità, pubblica e privata, che dovrà supportare la crescita, le infrastrutture, la ricerca e l'innovazione *post* crisi pandemica assurge ad obiettivo prioritario⁶⁴. Ciò richiede riforme strutturali in cui coinvolgere attivamente gli operatori del settore, tra cui la digitalizzazione e modernizzazione della pubblica amministrazione, l'innovazione organizzativa del sistema giudiziario, il rafforzamento delle filiere produt-

⁵⁸ Sul punto si rinvia al contributo di D. GALLO, *op. cit.*, in questo numero della *Rivista*, nonché ID., *On the Content and Scope of National and European Solidarity Under Free Movement Rules: The Case of Golden Shares and Sovereign Investments*, in *European papers*, 2016, p. 824 ss.; ID., *Corte di Giustizia UE, golden shares e investimenti sovrani*, in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 917 ss.; ID., *The Rise of Sovereign Wealth Funds (SWFs) and the Protection of Public Interest(s): the Need for a Greater External and Internal Action of the European Union*, in *EBLR*, 2016, p. 459 ss.

⁵⁹ In luogo di molti in arg. F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Utet Giuridica, Milano, 2016, *passim*; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2004, *passim*; G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, *passim*.

⁶⁰ Su questi aspetti cfr. F. CAPRIGLIONE-A. SACCO GINEVRI, *Metamorfosi della governance bancaria*, Utet Giuridica, Milano, 2019, p. 110 ss. Osservano, infatti, M. RESCIGNO-E. RIMINI, *op.cit.*, p. 528, come l'attuale contesto «Faccia diventare, cioè, il golden power da eccezione rispetto a un principio di libertà, uno strumento di politica economica».

⁶¹ Il richiamo è a A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 729 ss.

⁶² Che le società privatizzate soggette all'originaria *golden share* fossero, *ex lege*, *società d'interesse nazionale* era la tesi di F. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002, p. 417 ss. Alla medesima conclusione perviene, più di recente, anche M. COSSU, *Sub art. 2451 c.c.*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 294 ss.

⁶³ In questi termini si esprime G. FERRI SR, *Pubblico e privato nelle partecipazioni statali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1988, p. 420.

⁶⁴ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Il dopo Covid-19: esigenza di uno sviluppo sostenibile*, in *NGCC*, 2020, suppl. n. 5, p. 26 ss.; G. DI GIORGIO, *Nuove sfide per le banche italiane*, in *Minerva bancaria*, 2021, p. 3 ss.

tive, la transizione 4.0 e la cybersecurity, la rivoluzione verde, l'investimento in formazione e ricerca, ecc.⁶⁵.

Incoraggiare, in tal modo, l'italianità delle maggiori banche e imprese di assicurazione del Paese significherebbe legarle all'economia territoriale con pieno allineamento degli interessi in gioco. Ciò legittimerebbe, in prospettiva, anche meccanismi anti-scalata, a quel punto liberamente scelti dalle società di bandiera, volti a preservare i vantaggi imprenditoriali derivanti dalla connessione con lo Stato di riferimento⁶⁶.

In tale contesto la ripresa nazionale si innesterebbe in una strategia di sviluppo europeo più ampia, in risposta alle sfide globali che attendono le varie comunità colpite dall'epidemia in atto⁶⁷.

Si tratta, evidentemente, di soluzioni da identificare e implementare in un'ottica di medio-lungo periodo, atteso che, nell'attuale congiuntura emergenziale, rimane comunque auspicabile l'utilizzo di ogni legittimo strumento che consenta alle economie territoriali di rimanere in vita, secondo l'antico adagio del «*primum vivere, deinde philosophari*»⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. G. SABATINI, *Il Audizione del 2 marzo 2021 presso le Commissioni riunite Bilancio e Politiche UE del Senato*, reperibile in www.abi.it.

⁶⁶ *Amplius* A. SACCO GINEVRI., *I golden powers fra Stato e mercato*, cit., p. 159 ss.

⁶⁷ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Finanza e politica nell'UE dopo la pandemia. Verso un auspicabile incontro*, in *Contratto Impresa Europa*, 2021, p. 171 ss.

⁶⁸ Cfr. L. ENRIQUES, *Per un diritto societario resistente alla pandemia*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, p. 701 ss.

Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario *

Exploring the intersection between competition law and sustainability

di Chiara Muraca **

ABSTRACT

Negli ultimi anni le istituzioni europee hanno attribuito un'inedita importanza alle politiche ambientali, fissando ambiziosi obiettivi in materia di sostenibilità ambientale e lotta ai cambiamenti climatici. Il loro perseguimento, tuttavia, non può prescindere da un efficace coinvolgimento di attori pubblici e privati, nonché da una revisione di tutte le politiche europee, compresa quella di concorrenza. Allo stesso tempo, è sempre più diffusa l'idea che collaborazioni tra imprese siano necessarie per ottenere progressi significativi in termini di sostenibilità e performance ambientale, e che molte di queste iniziative siano frustrate dai rischi derivanti da una rigida applicazione della normativa antitrust e, nello specifico, del divieto di intese restrittive stabilito all'art. 101 TFUE. Nel solco di un oramai acceso dibattito a livello europeo e internazionale, con il presente lavoro si tenterà di porre l'attenzione sulle principali questioni interpretative legate all'integrazione di considerazioni ambientali in ambito antitrust, anche alla luce delle recenti iniziative promosse dalla Commissione europea e alcune autorità antitrust nazionali. Se da un lato non si rilevano significativi impedimenti di carattere normativo, anche alla luce del principio sancito dall'art. 11 TFUE, l'integrazione degli obiettivi ambientali nella politica antitrust europea incontra diversi ostacoli tanto sul piano ideologico quanto su quello applicativo.

Parole Chiave: Antitrust – Concorrenza – Sostenibilità – Ambiente

In a context of increasing attention to sustainability and the risks generated by climate change, the EU has made significant commitments to the cause and declared its intention to become the world's first climate-neutral continent by 2050. The Commission stated that all the EU actions and policies must contribute to the European Green Deal's aims, including competition policy. As a result, the debate about the extent to which competition law may contribute to environmental aims is gaining momentum. In such a context, this work aims at exploring the theoretical foundations and operational implications of the integration of environmental concerns into European competition law. More precisely, two fundamental questions will be examined: i) whether the law of the European Union admits an interpretation of competition rules that takes into account environmental considerations, and

* L'articolo riflette esclusivamente le opinioni dell'Autrice e non impegna in alcun modo l'Istituto di appartenenza.

** Esperto presso Banca d'Italia – Eurosistema. Dottoressa di ricerca in Diritto dell'Impresa, Università Bocconi.

ii) the mechanisms that would allow such integration under the EU law on agreements ex article 101 TFEU.

Key Words: Antitrust – Environmental protection – Sustainability

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le intese sostenibili nella prassi della Commissione europea. – 3. Il fondamento normativo di una diversa interpretazione delle norme antitrust: l'obbligo di integrazione. – 4. Le radici del conflitto: la molteplicità dei fallimenti del mercato e i limiti dell'analisi economica. – 5. Alcune valutazioni sulle soluzioni prospettabili. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

È oramai consuetudine che in momenti di crisi le norme sulla concorrenza siano tra le prime ad essere messe in discussione. Accanto alle pressioni per un rilassamento della disciplina per far fronte all'emergenza sanitaria generata dalla diffusione del virus Covid-19¹, le autorità antitrust europee sono state di recente chiamate ad interrogarsi sulle implicazioni di un'altra crisi altrettanto imminente, quella ambientale. Negli ultimi anni, infatti, la lotta ai cambiamenti climatici e la mitigazione delle loro conseguenze sul piano sociale ed economico hanno acquisito una centralità sempre maggiore nelle politiche nazionali e internazionali. Con l'Accordo di Parigi siglato nel 2015, gli avvertimenti oramai unanimi del mondo della scienza relativi alla necessità di ridurre le emissioni globali, contenere l'aumento della temperatura terrestre al di sotto di 2°C rispetto ai livelli preindustriali e mitigare l'impatto dei cambiamenti climatici², sono stati tradotti in una serie di impegni in capo ai governi nazionali di natura sia sostanziale sia procedurale³. Anche l'opinione pubblica, toccata dai sempre più frequenti fenomeni meteorologici estremi, ha maturato un maggiore interesse verso le tematiche ambientali e l'effettività delle politiche di mitigazione e prevenzione messe in atto ai diversi livelli. La sostenibilità ambientale ha assunto una inedita rilevanza anche nell'organizzazione e svolgimento dell'attività di impresa⁴, sempre più consapevole dei rischi connessi a fenomeni am-

¹ Per un'analisi delle iniziative poste in essere dalle autorità antitrust per far fronte alla crisi sanitaria cfr. F. GHEZZI-L. ZOBOLI, *L'antitrust ai tempi del Coronavirus: riflessioni sulle esperienze internazionali e sulle iniziative italiane*, in *Riv. Soc.*, 2/3, 2020, p. 625 ss.

² Rapporto IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) 2018 *Global Warming of 1.5*, https://www.sisclima.it/wp-content/uploads/2019/07/SR15_SPM_ita.pdf.

³ Oltre all'Accordo di Parigi, un importante traguardo è stato raggiunto con l'Agenda per lo Sviluppo Sostenibile sottoscritta dai paesi membri della Nazioni Unite, vedi <https://unric.org/it/agenda-2030/>. L'evoluzione delle politiche europee in materia ambientale nel contesto internazionale è efficacemente discussa in S. KINGSTON-V. HEYVAERT-A. ČAVOŠKI, *European environmental law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 1-53.

⁴ Iniziative paradigmatiche in questo senso sono il comunicato della BUSINESS ROUNDTABLE, *An economy that serves all Americans*, 2019 o ancora quello della English Academy, *The Future of Corporation*, 2018. Frequentemente citata è anche la lettera del ceo di BlackRock, Larry Fink, *Sustainability as BlackRock's new Standard for Investing*, 2020, disponibile su <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/blackrock-client-letter>; per un commento cfr. V. CALANDRA BUONAURA-F. DENOZZA-M. LIBERTINI-G. MARASÀ-M. MAUGERI-R. SACCHI-U. TOMBARI, *Lo statement della Business Roundtable sugli scopi della società. Un dialogo a più voci*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 7(3), 2019, p. 589 ss.; G. STRAMPELLI, *Gli investitori istituzionali salveranno il mondo? Note a margine dell'ultima lettera annuale di BlackRock*, in *Riv. Soc.*, 2020, p.

bientali e climatici⁵, e delle opportunità che derivano dall'adozione di modelli e processi più "responsabili"⁶.

In questo contesto, nonostante le diverse battute d'arresto della cooperazione internazionale e i deludenti risultati prodotti dall'Accordo di Parigi, le istituzioni europee hanno ribadito il loro impegno, assegnando un ruolo di indubbia preminenza alle politiche ambientali⁷. In particolare, la nuova Commissione europea, sin dal suo insediamento, ha fatto della lotta ai cambiamenti climatici e al degrado ambientale uno degli elementi chiave del suo programma: con la Comunicazione sul *Green Deal* europeo⁸ e la successiva proposta per una Legge europea sul Clima⁹, la Commissione ha presentato un piano d'azione volto a raggiungere la neutralità climatica entro il 2050, sulla base di investimenti e riforme che garantiscano una crescita economica svincolata dallo sfruttamento delle risorse ambientali¹⁰.

Ad ogni modo, come spesso ribadito dalla stessa Commissione¹¹, il perseguimento di questi ambiziosi obiettivi richiede uno sforzo congiunto di attori pubblici e privati, nonché una revisione di tutte le politiche europee. Per tale ragione, anche le autorità a tutela della concorrenza sono state chiamate ad interrogarsi sulla possibilità di contribuire, attraverso la loro attività, al raggiun-

51 ss. La crescente attenzione dei mercati finanziari nei confronti dei fattori ESG ha alimentato la richiesta di trasparenza sulle informazioni relative alla gestione rischi climatici e la performance ambientale delle imprese. Pertanto, anche il regolatore europeo ha introdotto alcune misure volte a incentivare la finanza sostenibile e scoraggiare fenomeni di *green-washing*. Si veda ad esempio il Regolamento Tassonomia, Reg. n. 852/2020 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020 o ancora il Regolamento n. 2088/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari.

⁵ Rapporto KPMG, *L'informativa relativa ai rischi climatici, opportunità e rischi per le imprese italiane*, dicembre 2019.

⁶ Il tema della responsabilità sociale e ambientale dell'impresa ha acquisito in tempi recenti un rinnovato interesse. Le motivazioni alla base di questa nuova tendenza sono diverse, e non vi è qui spazio per dar conto della vasta letteratura in merito. A titolo di esempio v. M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 23 ss.; F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli «stakeholders»*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 38 ss. Nella letteratura economica v. I. IOANNOU-G. SERAFEIM, *Corporate Sustainability: A Strategy?*, in *Harvard Business School Accounting & Management*, Unit Working Paper No. 19-065, 2019; T. LYON-J. MAXWELL, *Corporate Social Responsibility and the Environment: A Theoretical Perspective*, in *Review of Environmental Economics and Policy Advance*, 2007, pp. 1-22.

⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia annuale di crescita sostenibile 2020*, COM(2019)650, 17 dicembre 2019.

⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Il Green Deal europeo*, COM(2019)640, 11 dicembre 2019.

⁹ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento n. 1999/2018 (Legge europea sul clima), del 4 marzo 2020.

¹⁰ Sebbene l'emergenza sanitaria abbia costretto gli Stati Membri e la stessa Unione a rivedere le loro priorità e a focalizzarsi sul contenimento del virus, gli strumenti messi in campo dalle istituzioni europee per favorire la ripresa, compresi i fondi e finanziamenti previsti dal *Next Generation EU*, mirano a vincolare le azioni e gli investimenti elaborati nei piani nazionali di resilienza al raggiungimento agli obiettivi ambientali e quelli legati allo sviluppo sostenibile. L'idea di fondo è che la fase di ricostruzione che seguirà all'emergenza rientri un'occasione per favorire la transizione ecologica e lo sviluppo di modelli di crescita più sostenibili. COMMISSIONE EUROPEA, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, COM/2020/456 e *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea* COM/2020/442, entrambe del 27 maggio 2020.

¹¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *infra*, nota 8, p. 3.

gimento degli obiettivi ora citati¹². A tal proposito, lo scorso 13 ottobre 2020 la DG Concorrenza ha avviato una consultazione con i diversi *stakeholders* per raccogliere idee e proposte sui possibili meccanismi di integrazione degli obiettivi ambientali nell'applicazione delle norme antitrust e quelle in materia di aiuti di stato¹³. Simili iniziative sono state promosse anche a livello nazionale¹⁴.

Tuttavia, occorre evidenziare come queste iniziative abbiano contribuito ad alimentare un dibattito affiorato già da qualche tempo, e solo incidentalmente legato alla realizzazione del *Green Deal* europeo¹⁵.

Nello specifico, l'inedita attenzione verso il rapporto tra concorrenza e sostenibilità si presta ad una doppia chiave di lettura. In primo luogo, non può ignorarsi il contesto nel quale essa emerge, e in particolare la crisi identitaria che il diritto antitrust (non solo europeo) sta attraversando, e che investe tanto la natura dei suoi obiettivi quanto l'idoneità dei suoi mezzi¹⁶. Sono infatti sempre più diffuse le critiche nei confronti di una politica della concorrenza proiettata esclusivamente verso l'efficienza economica e indifferente rispetto alle minacce più urgenti della nostra epoca, prima fra tutte, la crescita delle disuguaglianze. È da questa insoddisfazione che prende l'abbrivio il crescente consenso per un approccio *multi-purpose* riguardo l'interpretazione e l'*enforcement* delle norme a tutela della concorrenza, in base al quale essa verrebbe concepita come strumento per il perseguimento di una pluralità di obiettivi (non solo economici), tra i quali l'equità sociale, lo sviluppo sostenibile e quindi anche la tutela dell'ambiente.

Secondariamente, in un contesto di fiorente interesse verso l'impatto am-

¹² Discorso della Vicepresidente M. VESTAGER, *Competition and Sustainability*, GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy, 24 ottobre 2019.

¹³ DG Concorrenza, *La politica della concorrenza a sostegno del Green Deal – Invito a presentare contributi*, 14 ottobre 2020, https://ec.europa.eu/competition/information/green_deal/call_for_contributions_it.pdf.

¹⁴ AUTHORITY FOR CONSUMERS AND MARKETS (ACM), *Draft Guidelines on Sustainability Agreements*, 9 luglio 2020. Una seconda versione è stata pubblicata il 27 gennaio 2021, *Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law*, <https://www.acm.nl/en/publications/second-draft-version-guidelines-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law>; HELLENIC COMPETITION COMMISSION, (HCC), *Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law 2020*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>. Le due autorità hanno anche commissionato in via congiunta uno studio pubblicato nel gennaio 2021, *Technical Report on Sustainability and Competition*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/publications/sustainability/item/1284-technical-report-on-sustainability-and-competition.html>. Anche l'Autorità tedesca ha pubblicato un *Discussion paper*, *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis*, disponibile su https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 28 ottobre 2020.

¹⁵ Una discussione simile, seppur meno intensa, è sorta negli Stati Uniti a seguito di una indagine avviata dal Department of Justice nei confronti di alcune imprese automobilistiche stabilite nello Stato della California, per aver preso parte ad un accordo finalizzato alla riduzione delle emissioni di gas inquinanti da loro prodotte più significativa rispetto ai limiti previsti dalla legge. Per un commento cfr. H. HOVENKAMP, *Are Regulatory Agreements to Address Climate Change Anticompetitive?*, in *The Regulatory Review*, 2019, p. 1 ss.; J. NOWAG-A. TEORELL, *The Antitrust Car Emissions Investigation in the U.S. – Some Thoughts from the other side of the pond*, in *CPI*, 2020, p. 1 ss.

¹⁶ Si rimanda all'efficace analisi di M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in questa *Rivista*, 2/2020, p. 221 ss. Per una sintesi del dibattito europeo e statunitense cfr. I. LIANOS, *Competition Law for a Complex Economy*, in *IJC*, 50, 2019, p. 643 ss.; C. SHAPIRO, *Antitrust in a time of Populism*, in *International Journal of Industrial Organization*, 3/2018, p. 714 ss.; L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *Journal of Competition Law and Practice*, 9(3), 2018, p. 131 ss.

bientale delle attività economiche e la responsabilità sociale dell'impresa, da qualche anno è emersa una nuova percezione che vede le norme antitrust quali potenziale ostacolo all'adozione di pratiche sostenibili, e dunque alla realizzazione di obiettivi di interesse generale. Come rilevato in un recente sondaggio¹⁷, è sempre più diffusa l'idea che una collaborazione tra imprese sia necessaria per ottenere progressi significativi in ambito ESG e che molte di queste iniziative siano frustrate dai rischi connessi a una rigida applicazione della normativa antitrust. Un simile scenario è emerso anche dalla consultazione pubblica avviata dalla Commissione europea lo scorso 2019 nell'ambito della revisione dei regolamenti di esenzione per categoria relativi agli accordi di cooperazione orizzontale¹⁸. Tra le segnalazioni più frequenti si notano quelle relative all'inadeguatezza dell'attuale *framework* normativo rispetto alle c.d. intese sostenibili, le quali sarebbero scoraggiate dall'assenza di chiare linee guida sul loro trattamento da parte delle autorità antitrust. Al di là della fondatezza di tale percezione e della desiderabilità di collaborazioni di questo tipo, la diffusione di questo sentore ha stimolato un acceso dibattito sui possibili ostacoli di carattere normativo allo sviluppo di iniziative sostenibili di natura privata¹⁹. Un fenomeno astrattamente inauspicato dalle stesse autorità pubbliche, convinte dell'essenzialità del contributo spontaneo delle imprese, e più in generale il settore privato, per favorire la transizione verso modelli di sviluppo sostenibili e rispettosi dell'ambiente²⁰.

In questo contesto, non sorprende che sia proprio l'applicazione dell'art. 101 TFUE ad assorbire gran parte dell'attuale dibattito in materia di concorrenza e sostenibilità. Diverse possono essere le ragioni di questa tendenza, ma è sicuramente la struttura della norma che, ammettendo l'esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza (ai sensi del par. 1), al ricorrere di alcune condizioni (par. 3), formalizza l'attività di bilanciamento dei diversi effetti che poi definiscono il perimetro di liceità di un accordo tra imprese. Certamente, anche l'applicazione delle norme sulle concentrazioni e, in misura minore, quelle in materia di condotte unilaterali può intersecarsi con obiettivi legati alla sostenibilità ambientale. Tuttavia, nel solco del più acceso dibattito europeo e internazionale, la presente analisi avrà come oggetto la sola disciplina in materia di intese ex art. 101 TFUE, sebbene molte delle considerazioni qui svolte, specialmente quelle relative al rapporto tra obiettivi e le origini dei possibili conflitti, valgano egualmente anche per gli altri ambiti di intervento antitrust.

¹⁷ Linklaters Sustainability Series, *Competition law needs to cooperate: companies want clarity to enable climate change initiatives to be pursued*, 2020, <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/linkingcompetition/2020/esg/competition-and-sustainability>.

¹⁸ Una sintesi dei contributi è disponibile su https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_hbers/NCA_summary.pdf.

¹⁹ Tra i molti, v. A. GERBRANDY, *The Difficulty of Conversations About Sustainability and European Competition Law*, in *Antitrust Chronicle CPI*, 1/2, 2020, p. 65 ss., e gli altri contributi nello stesso numero della rivista; G. MONTI, *Four Options for a Greener Competition Law*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2020, p. 124 ss.

²⁰ Questa impostazione riflette la tendenza del regolatore europeo a favorire strumenti di regolazione innovativi e alternativi rispetto al tradizionale approccio *command and control*, basati sul coinvolgimento diretto del settore privato tramite i cd. *market-based instruments*. Si veda a tal proposito COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi* COM(2007) del 28 marzo 2007. Cfr. A. HÉRITIER-S. ECKERT, *New Modes of Governance in the Shadow of Hierarchy: Self-Regulation by Industry in Europe*, in *Journal of Public Policy*, 28, 2008, pp. 113-38.

La convinzione di fondo è che il tema della sostenibilità ambientale, per quanto di indubbia urgenza e centralità nelle politiche europee, debba essere esaminato con estrema cautela, specialmente se utilizzato come grimaldello per l'allentamento di regole e divieti a tutela di altri valori giuridicamente tutelati. Occorre infatti tener conto dell'intento spesso più strategico che altruistico di molte iniziative private portate avanti in nome della sostenibilità, le quali non necessariamente conducono ad un miglioramento del benessere collettivo, in quanto espressione di un capitalismo *green* non privo di contraddizioni. Questo scetticismo, tuttavia, non preclude un approfondimento delle prospettive di integrazione tra obiettivi antitrust e ambientali, ma tutt'al più richiede l'accantonamento di quel cieco entusiasmo che rischia di inquinare la ricerca dei meccanismi che assicurino un'effettiva promozione del benessere sociale.

2. Le intese sostenibili nella prassi della Commissione europea

Prima di addentrarci nell'analisi dei possibili profili di criticità di un'integrazione tra diritto della concorrenza e tutela dell'ambiente, una premessa appare necessaria. L'ordinaria attività di *enforcement* delle norme antitrust non si pone necessariamente in contrasto con gli obiettivi di sostenibilità ambientale ma spesso contribuisce al loro perseguimento. Un esempio in tal senso è fornito dalla decisione della Commissione nel caso *Consumer Detergents*²¹, con la quale essa ha imposto una ingente sanzione nei confronti di alcuni produttori di detersivi. In quella circostanza, infatti, nell'ambito di un'iniziativa promossa da un'associazione di categoria per migliorare la performance ambientale di alcuni detersivi tramite una riduzione dei loro imballaggi, alcune imprese hanno dato vita ad un cartello per mantenere invariati i prezzi dei prodotti, nonostante i risparmi di costi derivanti da un più efficiente utilizzo dei materiali per il confezionamento. Ancora, più di recente, la Commissione ha avviato un procedimento nei confronti di BMW, Daimler e Volkswagen, accusate di aver partecipato ad un'intesa finalizzata a ritardare l'adozione di tecnologie per l'abbattimento delle sostanze inquinanti prodotte dalle automobili²². Accordi di questo tipo, così come in generale le pratiche di *green-washing*²³, oltre a danneggiare la concorrenza nel mercato a svantaggio dei consumatori, producono effetti indesiderati anche sul piano ambientale, ritardando la transizione verso prodotti più sostenibili o rendendola meno conveniente. Pertanto, in tutti quei casi in cui la sostenibilità ambientale viene utilizzata come espediente o alibi per comportamenti in alcun modo vantaggiosi per la collettività, non sussiste alcun conflitto tra tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale, in quanto la promozione della prima produce effetti positivi indiretti anche sulla seconda.

Ciò detto, l'aspetto su cui invece occorre soffermarsi riguarda il caso in cui le imprese diano vita ad accordi potenzialmente restrittivi della concorrenza al

²¹ Decisione della Commissione del 13 aprile 2011, COMP/39579 – *Consumer Detergents*.

²² COMMISSIONE EUROPEA AT.40178 – *Car Emissions, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to BMW, Daimler and VW for restricting competition on emission cleaning technology*, 5 aprile 2019.

²³ C. RAMUS-I. MONTIEL, *When Are Corporate Environmental Policies a Form of Greenwashing?*, in *Business & Society*, 44(4), 2005, pp. 377-414.

fine di migliorare la loro performance ambientale, e quindi contribuire al perseguimento di obiettivi di pubblico interesse, quali lo sviluppo sostenibile e la lotta ai cambiamenti climatici. Come già accennato, sebbene l'interesse del mondo dell'impresa nei confronti della sostenibilità abbia delle motivazioni spesso strategiche e non necessariamente altruistiche, il contributo privato è ritenuto da molti *policy-makers* un tassello cruciale per una celere ed effettiva transizione ecologica²⁴. Tuttavia, secondo alcuni commentatori²⁵, lo sviluppo di iniziative sostenibili "autonome" da parte delle imprese sarebbe ostacolato da fattori intrinseci alle dinamiche del libero mercato, come ad esempio il c.d. *first mover disadvantage* (incertezza sulle condizioni della domanda, alti costi di ricerca e sviluppo ecc.), che ne scoraggiano l'adozione. Pertanto, forme di collaborazione tra imprese potrebbero essere necessarie per accelerare la transizione verso modelli di sviluppo più sostenibile.

Gli accordi tra imprese soggiacciono però all'applicazione della normativa antitrust che, per quel che riguarda il diritto europeo, vieta all'art. 101 TFUE qualsiasi accordo tra imprese, decisione di associazioni di imprese e pratiche concordate in grado di impedire, limitare o falsare la concorrenza²⁶. In altri termini, il problema si pone per quegli accordi tra imprese, anche nell'ambito di associazioni di categoria, motivati dalla volontà di migliorare la loro performance ambientale, i quali, però, rischiano di incidere negativamente sul livello di concorrenza nel mercato, riducendo il margine di incertezza sul comportamento degli operatori in esso presenti, provocando un aumento dei prezzi, una limitazione della produzione, una riduzione della varietà dei prodotti ecc. La questione è dunque se le "intese sostenibili", alla luce dei possibili benefici ambientali da essi generati, rientrino nell'ambito di applicazione di tale divieto, e se ci siano margini per l'applicazione dell'esenzione di cui all'art. 101 par. 3²⁷.

A tal proposito, occorre sottolineare che l'avvio di collaborazioni tra imprese motivate da interessi legati alla tutela dell'ambiente non è un fenomeno di nuova concezione. Da molto tempo il miglioramento della performance ambientale costituisce un valore legittimamente perseguito da molte imprese, anche perché spesso produce benefici di natura non solo reputazionale, ma anche economica, nel caso in cui coincida con un incremento dell'efficienza nella produzione o della qualità dei prodotti/servizi²⁸. Di conseguenza, sin dai primi anni di attività, la Commissione europea ha avuto modo di analizzare i profili concorrenziali di accordi di questo genere per verificarne la compatibilità con il diritto europeo.

Soprattutto in una prima fase, la Commissione ha spesso valutato positi-

²⁴ *Infra*, nota 20.

²⁵ M. DOLMANS, *Sustainable Competition Policy*, in *Competition Law and Policy Debate*, 4(1), 2020, p. 8 ss.; M. P. SCHINKEL-Y. SPIEGEL, *Can collusion promote sustainable consumption and production?*, in *International Journal of Industrial Organization*, 53, 2017, p. 371 ss.

²⁶ G. MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, in *Common Market Law Review*, 39, 2002, p. 1057 ss.

²⁷ Quest'ultima disposizione infatti stabilisce le quattro condizioni cumulative necessarie per esentare un accordo restrittivo dall'applicazione del divieto, in presenza di benefici oggettivi che compensino gli effetti distorsivi della concorrenza.

²⁸ F. REINHARDT, *Environmental Product Differentiation: Implications for Corporate Strategy*, in *California Management Review*, 40(4), 1998, p. 43 ss.; S. BONINI-J. OPPENHEIM, *Cultivating the Green Consumer*, in *Stanford Social Innovation Review*, 6(4), 2008, p. 56 ss.

vamente i benefici ambientali prodotti dagli accordi tra imprese, ritenendoli in alcuni casi determinanti per la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE²⁹. In una decisione del 1983 (*Carbon gas Technologie*), nel valutare l'applicabilità del divieto di intese restrittive ad un accordo finalizzato alla costituzione di un'impresa comune nel campo della gasificazione del carbone, e in particolare la possibilità di concedere un'esenzione individuale, la Commissione ha dato rilievo ai benefici generati dall'accordo sullo sviluppo di fonti energetiche alternative all'interno della Comunità, e in particolare ai vantaggi derivanti da «una utilizzazione del carbone con un migliore rendimento energetico e un minore inquinamento»³⁰. Ancora, in *Exxon/Shell* la maggiore efficienza nell'utilizzo delle materie prime, una riduzione dell'utilizzo della plastica e la riduzione dei rischi ambientali legati al trasporto di materiali pericolosi, sono stati considerati quali significativi benefici per i consumatori ai sensi dell'art. 101 par. 3³¹. Un'esenzione individuale è stata concessa nel 1994 anche in riferimento all'accordo *Philips/Osram*: in questo caso la Commissione ha incluso tra i vantaggi a favore dei consumatori i benefici derivanti dalla diminuzione dell'inquinamento atmosferico e quindi delle esternalità negative derivanti dall'impiego di impianti più puliti³².

Gli esempi da fare potrebbero essere diversi³³, ma la decisione forse più nota e più citata in tema di intese sostenibili è quella relativa ad un accordo siglato dai membri di un'associazione di costruttori di elettrodomestici di diritto belga (*CECED*)³⁴. L'obiettivo di questo accordo era, tra le altre cose, quello di promuovere il progresso tecnologico e l'educazione del consumatore ad un uso ecologico delle lavatrici tramite una serie di iniziative: i) la cessazione della produzione e importazione nella Comunità di lavatrici appartenenti alle classi energetiche meno efficienti, ii) l'impegno a raggiungere una certa efficienza energetica media entro una data stabilita e iii) il miglioramento del livello di informazioni fornite ai consumatori sull'utilizzo ecologico delle lavatrici. La Commissione europea ha ritenuto che l'accordo violasse il divieto di intese restrittive di cui all'art. 101, par. 1, in quanto, tra le altre cose, esso avrebbe prodotto una limitazione della varietà di modelli di lavatrici disponibili sul mercato, in particolare quelli più economici. Tuttavia, l'aspetto più interessante di questa decisione riguarda l'interpretazione delle condizioni di esenzione sancite dal par. 3 dello stesso articolo, la quale rappresenta ancora oggi un ottimo esempio di integrazione di considerazioni ambientali nell'analisi antitrust. Nello specifico, nel verificare l'esistenza di un contributo al progresso tecnico o economico la Commissione si è soffermata sull'impatto della riduzione del consumo di energia elettrica sui livelli di inquinamento, affermando che «lavatrici

²⁹ In tal senso cfr. G. MONTI, *Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives*, in *European Law Review*, 24(5), 2017, p. 635 ss.; T. LÜBBIG, *Sustainable Development and Competition Policy*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 4(1), 2013, p. 1 ss.

³⁰ Decisione della Commissione n. 83/669 *Carbon Gas Technologies*, 1983, OJ L376/17.

³¹ Decisione della Commissione n. 94/322 *Exxon/Shell*, 1994, OJ L144/20.

³² Decisione della Commissione 94/986 *Philips/Osram*, 1994, OJ L378/37. In tal senso anche Decisione n. 93/49 *Ford/Volkswagen*, 1993, OJ L20/14.

³³ Cfr. Decisioni della Commissione n. 88/541 *BBC Brown Boveri*, 1988, OJ L301/68 e n. 91/38 *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, OJ L19/25, 1991. Si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *XXVIII Relazione sulla politica di concorrenza, Caso EACEM*, 1999, p. 152.

³⁴ Decisione della Commissione Caso IV.F.1/36.718, *CECED*, 1999, OJ L 187/47.

che consumano meno energia elettrica sono obiettivamente più efficienti sotto il profilo tecnico»³⁵. Inoltre, per quantificare e bilanciare i vantaggi generati dall'accordo, la Commissione ha distinto i benefici economici individuali (risparmio nella spesa di energia elettrica) da quelli ambientali collettivi (riduzione dell'inquinamento), calcolando questi ultimi grazie ad un impiego innovativo di strumenti dell'economia ambientale. L'esenzione venne dunque accordata in quanto, secondo la Commissione, la riduzione dei costi dell'inquinamento avrebbe prodotto un vantaggio per tutti i consumatori di gran lunga superiore ai costi subiti dagli acquirenti individuali delle lavatrici.

Come anticipato, il caso *CECED* rappresenta un precedente chiave in materia di intese sostenibili e un ottimo esempio di come considerazioni ambientali possano essere integrate nell'analisi antitrust senza rinunciare alla razionalità del metodo economico³⁶. Tuttavia, da allora, molto è cambiato nella prassi della Commissione europea e nei meccanismi di *enforcement* delle norme antitrust. In un sistema di *enforcement* decentralizzato, quale quello istituito dal regolamento n. 1/2003, in cui è venuto meno l'obbligo di notifica degli accordi ex art. 101 par. 3, l'interpretazione della norma spetta oramai in via quasi esclusiva alle autorità antitrust nazionali. Infatti, a seguito del processo di modernizzazione³⁷, la Commissione ha rivisto le sue priorità concentrando attenzione e risorse sulle violazioni più gravi dell'art. 101 e dunque, da allora, sono state poche le occasioni in cui essa ha discusso dell'applicazione delle condizioni di esenzione³⁸. Accanto alle riforme di carattere istituzionale e organizzativo, anche la sostanza delle norme ha subito una profonda revisione. Senza entrare nel dettaglio, l'adozione di un approccio strettamente economico per l'analisi delle regole antitrust messa in atto a partire dagli anni 2000 ha ridotto in modo sostanziale i margini di flessibilità concessi alle autorità antitrust nel valutare le tipologie di benefici suscettibili di considerazione ai sensi dell'art. 101 TFUE. Questa evoluzione emerge in modo nitido dai documenti di *soft law* prodotti dalla Commissione nel corso del tempo, in particolare dalle linee guida sull'interpretazione dell'art. 81(3) e quelle relative agli accordi di cooperazione orizzontale³⁹.

Per le stesse ragioni, però, il dibattito sui limiti e obiettivi delle norme in materia di intese non è del tutto scomparso ma è riemerso a livello nazionale, anche perché alimentato dalle iniziative intraprese da alcune autorità nazionali.

³⁵ *CECED*, §48.

³⁶ Si rinvia all'esauritiva analisi di S. KINGSTON, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 97 ss.

³⁷ J.S. VENIT, *Brave new world: The modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 40(3), 2003, p. 545 ss.

³⁸ O. BROOK, *Struggling With Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts, and Five Competition Authorities*, in *Common Market Law Review*, 56(1), 2019, p. 121 ss.

³⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*, G.U. 2004/C, 101/08 del 27 aprile 2004; *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione Orizzontale*, G.U. 2001/C 3/02 del 6 gennaio 2001; *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, G.U. 2011/C 11/01 del 14 gennaio 2011. Nello specifico il confronto delle due versioni di questo ultimo documento fornisce una chiara indicazione della revisione dell'interpretazione della norma in chiave strettamente efficientistica. Non a caso, nel documento del 2011 è stato tolto ogni riferimento agli accordi ambientali, oggetto di uno specifico titolo nella precedente versione del documento.

Ad esempio, nel caso specifico delle intese sostenibili, un vivo dibattito è scaturito da alcune decisioni dell'autorità antitrust olandese (ACM), anche a seguito del notevole risalto mediatico da esse ricevuto. Si fa riferimento alle decisioni denominate *Chicken of Tomorrow*⁴⁰ e *Energy Deal*⁴¹, con le quali l'autorità olandese ha applicato il divieto di intese restrittive nonostante il riconoscimento di significativi benefici legati alla sostenibilità. L'autorità ha vietato gli accordi in questione non perché vantaggi di questo tipo siano stati ritenuti estranei dell'ambito di applicazione dell'esenzione, ma perché, all'esito di una complessa attività di bilanciamento basata sull'utilizzo di metodi e concetti dell'economia ambientale, i costi apparivano maggiori dei benefici. A seguito di queste decisioni, l'Autorità olandese ha anche avviato una consultazione con i principali stakeholders conclusasi con la pubblicazione nel 2020 di un documento (*Guidelines on Sustainable Agreements*)⁴² che ha alimentato, se non innescato, l'attuale discussione a livello europeo.

3. Il fondamento normativo di una diversa interpretazione delle norme antitrust: l'obbligo di integrazione

Con queste premesse, prima di soffermarci sulle possibili ragioni a sostegno di una revisione dell'attuale interpretazione delle norme antitrust e sulle sue forme, il primo interrogativo da affrontare riguarda la rilevanza degli obiettivi ambientali nel diritto dei trattati e quindi il rapporto con altri beni giuridicamente tutelati, quale il mantenimento di una concorrenza non falsata. In altre parole, occorre domandarsi se esista una gerarchia tra sostenibilità ambientale e tutela della concorrenza nell'ambito del complesso intreccio di obiettivi dell'Unione e, in ogni caso, se il testo dei trattati fornisca gli strumenti per la risoluzione degli eventuali conflitti tra le medesime. Questo passaggio appare infatti indispensabile per comprendere se una interpretazione delle norme antitrust che tenga conto degli obiettivi ambientali sia compatibile o meno con il diritto europeo.

Un argomento spesso sollevato dai commentatori più diffidenti è quello secondo cui tale operazione spianerebbe la strada al definitivo accoglimento di una concezione "politica" del diritto antitrust, basata sul temperamento di interessi non solo economici, ma anche politici e sociali⁴³. Il dibattito sulla necessità di abbandonare l'approccio puramente economico è assai risalente⁴⁴, e si potrebbe quindi sostenere che le proposte a favore di un diritto della con-

⁴⁰ ACM Caso n. 13.0195.66, una sintesi è disponibile su https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf. In realtà questa decisione riguarda un diverso aspetto della sostenibilità, i.e. la tutela degli animali.

⁴¹ Una sintesi della decisione è disponibile sul sito dell'Autorità, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12082_acm-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-ser-energieakkoord.pdf.

⁴² *Infra*, nota 14.

⁴³ A tal proposito si rimanda a M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 191 ss. cfr. R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, p. 81 ss.

⁴⁴ V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza UE*, in *Merc. conc. reg.*, 3, 2020, p. 439 ss.

correnza più attento nei confronti delle tematiche ambientali non siano altro che una espressione di quel pensiero. Una diversa chiave di lettura potrebbe invece attribuire alla sostenibilità ambientale uno status privilegiato nella gerarchia degli obiettivi dell'Unione, il quale giustificerebbe un trattamento differenziato e una maggiore considerazione rispetto ad altri pubblici interessi. Ebbene, tralasciando per un momento le conseguenze applicative dell'accoglimento di tale argomento, questo sembra trovare conferme nel dato normativo fornito dai trattati e appare ulteriormente rafforzato da un'analisi della situazione contingente. In altre parole, diversi sono gli argomenti normativi a sostegno di una integrazione rafforzata degli obiettivi ambientali nelle politiche europee, compresa quella della concorrenza ⁴⁵.

Innanzitutto, a partire dal Trattato di Amsterdam il perseguimento di uno sviluppo sostenibile ⁴⁶ basato sui tre pilastri di natura economica, sociale e ambientale è stato inserito tra gli obiettivi fondamentali dell'Unione europea ⁴⁷. L'articolo 3 par. 3 del Trattato UE infatti stabilisce che oltre all'istituzione di un mercato unico, l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa basato, tra le altre cose, su «un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Allo stesso modo, con riferimento alla sua azione esterna gli artt. 3, par. 5 e 21, lett. f), TUE individuano tra i valori promossi dall'Unione lo sviluppo sostenibile della Terra, con particolare riguardo ai paesi in via di sviluppo, anche favorendo la cooperazione internazionale per l'adozione di misure volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali.

L'art. 3 TUE quindi assegna eguale importanza ad una serie di obiettivi non sempre compatibili tra loro, quali la stabilità dei prezzi, la piena occupazione, l'alto livello di protezione ambientale, senza però fornire chiare indicazioni su come superare eventuali conflitti. L'assenza di una espressa gerarchia tra questi valori ha quindi consentito alle istituzioni europee di adottare un'interpretazione flessibile delle norme orientata a seconda delle mutevoli esigenze del progetto europeo ⁴⁸. Non vi è dubbio infatti che nella fase costitutiva la realizzazione di un mercato unico e l'abolizione delle barriere tra Stati membri abbiano avuto un ruolo preminente nelle politiche dell'Unione, anche a scapito di altri valori, comprese la concorrenza e la tutela dell'ambiente.

In ogni caso, il Trattato UE non si limita a nominare lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente tra i generali obiettivi dell'Unione, ma prevede espressamente che essi siano integrati in tutte le politiche europee. La norma di riferimento è l'art. 11 TFUE (ex art. 6 CE) ⁴⁹, il quale impone l'integrazione delle esigenze connesse con la tutela dell'ambiente nella definizione e nell'attu-

⁴⁵ J. NOWAG, *The Sky Is the Limit: On the Drafting of Article 11 TFEU's Integration Obligation and its Intended Reach*, in B. Sjöfjell-A. Wiesbrock (eds), *The Greening of European Business under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously*, Routledge, 2015.

⁴⁶ *Infra*, nota 2.

⁴⁷ Per una ricostruzione storica dei passaggi che hanno segnato l'ingresso del principio di sviluppo sostenibile nel diritto europeo v. N. DE SADELEER, *Sustainable development in EU law: still a long way to go*, in *Jindal Global Law Review*, 2015, p. 639 ss.

⁴⁸ Cfr. S. KINGSTON, *Why Environmental Protection Goals Should Play a Role in EU Competition Policy: a Legal Systematic Argument*, in *Greening EU Competition Law and Policy*, op. cit.

⁴⁹ J. NOWAG, *Environmental integration in competition and free-movement laws*, Oxford University Press, 2016; D. GRIMEAUD, *The Integration of Environmental Concerns into EC Policies: A Genuine Policy Development?*, in *European Environmental Law Review*, 7, 2000, p. 207 ss.

zione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. Il principio di integrazione, riaffermato anche dalla Carta dei diritti fondamentali all'art. 37, è stato inserito dalla giurisprudenza europea tra i principi generali del diritto europeo, così come i principi sui quali si basa la politica ambientale europea, definiti all'art. 191 TFUE⁵⁰. Certamente, quella citata non è l'unica clausola trasversale presente nel diritto dei trattati, ma essa conferma l'esistenza di uno specifico obbligo di integrazione degli obiettivi ambientali e suoi principi anche nell'attuazione delle politiche europee che si aggiunge al principio generale di coerenza delle politiche e azioni dell'UE stabilito dall'art. 7 TFUE. In sintesi, questa esegesi suggerisce che sul piano normativo l'integrazione degli obiettivi ambientali nell'attuazione della politica europea della concorrenza sarebbe non solo legittima, ma demandata dal testo dei trattati e in particolare dall'art. 11 TFUE.

Al contempo, se gli obiettivi e i principi legati allo sviluppo sostenibile hanno acquisito un riconoscimento formale nel diritto europeo solo in tempi recenti, si deve osservare che la tutela della concorrenza ha seguito un andamento per alcuni aspetti inverso. Come noto, con il Trattato di Lisbona il legislatore europeo ha effettuato una scelta politica ben precisa, ossia quella di rimuovere ogni riferimento alla concorrenza dal testo dell'art. 3 Trattato UE⁵¹. Dunque, il principio secondo cui il mercato interno è basato su una concorrenza non falsata non fa più parte degli obiettivi fondamentali dell'Unione, ma è affermato in una disposizione del Protocollo 27 annesso ai trattati che, pur essendo parte integrante degli stessi, ha certamente una diversa rilevanza. Questa nuova collocazione delle norme ha rafforzato l'idea di una politica della concorrenza definita e attuata in maniera strumentale rispetto ai valori fondamentali dell'azione europea, il cui perseguimento giustificerebbe dunque un intervento correttivo sul mercato e sulle dinamiche concorrenziali⁵². In realtà, come già accennato, anche prima della revisione di Lisbona la politica europea di concorrenza è stata caratterizzata da una certa resilienza rispetto alle priorità dell'Unione.

In sintesi, se per molto tempo l'esigenza di favorire l'integrazione tra Stati Membri ha influito sull'interpretazione e applicazione delle norme antitrust, oggi un ruolo simile potrebbe spettare alle nuove priorità dell'Unione, tra le quali indubbiamente troviamo la tutela ambientale e la lotta ai cambiamenti climatici. Questa interpretazione trova il suo fondamento normativo nella natura strumentale della politica della concorrenza rispetto agli obiettivi fondamentali dell'Unione, ai quali appartengono lo sviluppo sostenibile e la tutela ambientale, e ancora, nel principio di integrazione sancito agli artt. 11 TFUE e 37 della Carta.

⁵⁰ M. WASMEIER, *The Integration of Environmental Protection as a General Rule for Interpreting Community Law*, in *Common Market Law Review*, 38, 2001, p. 159 ss.

⁵¹ LIBERTINI, voce *Concorrenza*, op. cit., p. 194.

⁵² Cfr. N. PETIT-N. NEYRINCK, *A Review of the Competition Law Implications of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *The CPI Antitrust Journal*, 2, 2010, p. 1 ss.

4. Le radici del conflitto: la molteplicità dei fallimenti del mercato e i limiti dell'analisi economica

Se sul piano dei principi generali del diritto europeo non sembra sussistere alcun insormontabile conflitto tra concorrenza e sostenibilità, i principali ostacoli per una effettiva integrazione degli obiettivi ambientali riguardano il momento applicativo, ossia le modalità tramite le quali rinnovare l'interpretazione delle norme antitrust senza comprometterne la razionalità e integrità. Questo perché le possibili tensioni tra le due discipline emergono in una dimensione più profonda, per alcuni versi ideologica, che interessa le assunzioni implicite su cui esse rispettivamente si fondano.

Al di là dei meccanismi impiegati per la sua tutela, la concorrenza tra imprese è solitamente concepita quale elemento indispensabile per il buon funzionamento del mercato. L'assunzione di fondo è che un mercato correttamente funzionante, dove la logica competitiva non viene alterata da comportamenti distorsivi, garantisce un incremento della produzione di beni e servizi a prezzi più bassi, nell'ottica di una maggiore efficienza allocativa, produttiva e dinamica⁵³. La naturale fallibilità del mercato nel garantire la tutela del benessere collettivo richiede però degli interventi correttivi di vario genere da parte dell'autorità pubblica⁵⁴, ed è preciso compito delle autorità antitrust intervenire per correggere le inefficienze causate dall'esistenza di potere di mercato.

Tuttavia, il mantenimento di mercati competitivi può, e anzi spesso convive con un non adeguato livello di protezione ambientale. Il potere di mercato infatti non è l'unico tipo di fallimento che il mercato conosce, essendo diverse le circostanze in cui, in assenza di correttivi, lo stesso produce risultati avversi per la collettività⁵⁵. Rispetto alla tutela dell'ambiente, i fallimenti del mercato sono particolarmente evidenti, e si manifestano in vario modo. Comunemente, si parla di esternalità (negative) ambientali con riferimento ai costi indiretti delle attività economiche, quali ad esempio le emissioni di gas serra di natura antropica, definite da N. Stern «il più grande fallimento del libero mercato»⁵⁶. In questo caso, così come nelle altre forme di inquinamento, la produzione o il consumo di determinati beni e/o servizi producono un effetto indesiderato sul benessere sociale, il quale non si riflette adeguatamente nella struttura del prezzo, determinando una inefficiente allocazione delle risorse. In altri termini, in presenza di esternalità negative, il costo privato di produzione un bene non riflette il suo costo sociale e, di conseguenza, il mercato condurrà ad una produzione di quel bene in quantità superiore a quella socialmente ottimale. Altra manifestazione della fallibilità del mercato è la tendenza al sovra-sfruttamento delle risorse ambientali, spesso causato dalla loro natura di beni comuni come nel caso dell'acqua, dell'aria o le foreste, e quindi della cosiddetta *tragedy of the commons*, ossia la difficoltà di una gestione collettiva delle risorse comuni

⁵³ LIBERTINI, voce *Concorrenza*, op. cit.

⁵⁴ M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in questa *Rivista*, 2/2020, p. 230 ss.

⁵⁵ P. DE GRAUVE, *The Limits of the Market: The Pendulum Between Government and Market*, Oxford University Press, 2017. A. CUCINOTTA, *La natura dei mercati, l'economia comportamentale e l'antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, p. 199 ss.

⁵⁶ N. STERN, *The Economics of Climate Change*, in *The American Economic Review*, 98(2), 2008, p. 1 ss.

che ne prevenga un loro spreco o eccessivo sfruttamento⁵⁷. Si pensi ancora ai problemi di asimmetria informativa circa le caratteristiche dei prodotti offerti sul mercato, i quali impediscono l'adozione di scelte consapevoli da parte degli individui, o ancora i bias comportamentali legati alla natura intertemporale dei costi/benefici delle loro scelte (i.e. il cosiddetto *hyperbolic discounting*)⁵⁸.

La teoria dei fallimenti del mercato è quindi alla base della regolazione economica e delle stesse politiche ambientali. Accanto agli interventi regolatori tradizionali anche definiti *command and control*, tramite i quali lo stato proibisce o prescrive determinati comportamenti a tutela dell'interesse pubblico, sono stati sperimentati nel tempo anche strumenti alternativi, a partire dalle imposte pigouviane volte a internalizzare i costi ambientali delle attività economiche⁵⁹, o ancora, gli strumenti *market-based*, come i sistemi di scambio di quote di emissioni⁶⁰. Gli strumenti di mercato, finalizzati ad influenzare la struttura degli incentivi degli operatori economici, sono stati promossi anche per far fronte ai crescenti timori nei confronti dei *State failures* e quindi della regolazione, ma più in generale rappresentano un'espressione della svolta neoliberale che ha interessato la regolazione economica in Europa a partire dagli anni '80.

Pertanto, tornando al conflitto teorico tra concorrenza e tutela ambientale, ciò che emerge è che, secondo l'approccio prevalente, la tutela della concorrenza tra imprese deve essere garantita a prescindere dai risultati che il mercato produce, ma anzi nella consapevolezza dei suoi limiti. In altre parole, l'unica preoccupazione delle autorità predisposte a tale funzione è quella di attenuare gli effetti del potere di mercato e vigilare sui comportamenti degli agenti economici affinché essi non riducano artificialmente la concorrenza nel mercato, perché questa condizione, mantenute costanti tutte le altre, garantisce una massimizzazione dell'efficienza a beneficio dei consumatori⁶¹. In questa prospettiva, poco importa se nel mercato siano presenti altri tipi di fallimenti che possano ridurre il benessere sociale, ad esempio a causa di livelli smisurati di inquinamento atmosferico, e che un comportamento anticoncorrenziale possa correggere, almeno in parte, queste distorsioni. L'idea di fondo è che la correzione dei fallimenti del mercato diversi dal potere di mercato spetti al regolatore o all'intervento di altre autorità pubbliche, in virtù di una frammentazione delle competenze⁶².

⁵⁷ G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 162, 1962, p. 1243 ss.

⁵⁸ Cfr. C. VOLPIN, *Sustainability as a quality dimension of competition: protecting our future (selves)*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2020, p. 11 ss.; M. DOLMANS, *Sustainable Competition Policy*, in *Competition Law and Policy Debate*, 4(1), 2020, p. 8 ss.

⁵⁹ Espressione che deriva dal contributo fondamentale di A.C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, Macmillan & Co., 1920.

⁶⁰ In Europa il meccanismo è denominato Sistema per lo scambio delle quote di emissione dell'Unione europea (ETS UE), il cui funzionamento è descritto nel Manuale ETS disponibile su https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/ets_handbook_en.pdf.

⁶¹ M. STUCKE, *Is Competition always good?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 1(1), 2013, p. 162 ss.; I. LIANOS, *op. cit.*

⁶² Un orientamento diverso è quello espresso da F. DENOZZA, il quale ritiene che i giudici debbano tener conto del fatto che un comportamento anti-concorrenziale possa favorire la promozione di un progresso anche non strettamente tecnico, ma legato ad un valore giuridicamente tutelato, cfr. *La responsabilità sociale dell'impresa, Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza Commerciale (Bologna 8-9 ottobre 2004)*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 124 ss. Un'alternativa interessante è quella basata su la cd. "intra-market second best analysis", ossia la valutazione, in presenza di una pluralità di fallimenti di mercato, della soluzione che consente un incremento

Secondariamente, un'altra potenziale fonte di conflitto riguarda l'adozione da parte della autorità antitrust di concetti e strumenti della scienza economica, e nello specifico dell'economia industriale, per l'interpretazione delle norme. Come noto, il successo dell'*economic approach* in ambito antitrust si spiega non solo con le spinte ideologiche di carattere neo-liberale diffuse in Europa negli anni 90, ma anche con motivazioni più pratiche, prima fra tutte l'esigenza di garantire semplicità e uniformità in un sistema di enforcement decentrato, come quello introdotto con il regolamento n. 1/2003. Allo stesso modo, l'approccio efficientistico ha contagiato anche la politica ambientale sempre più orientata dai modelli elaborati dall'economia ambientale per determinare l'impatto dei suoi interventi. Pertanto, ammesso che un'integrazione dei benefici/costi ambientali nell'analisi antitrust sia ritenuta effettivamente desiderabile per il benessere collettivo, ciò che rileva in questa fase è che alcuni degli strumenti dell'analisi economica adoperati dalle autorità antitrust per descrivere e valutare comportamenti di mercato, possono risultare inadeguati per spiegare fenomeni complessi, come quelli ambientali, aventi effetti trasversali (tra mercati) nonché intra-generazionali.

In particolare, sono due gli elementi che appaiono più problematici.

i) *Utilizzo del benessere del consumatore come benchmark del buon-funzionamento del mercato.*

Il diritto antitrust moderno, prodotto della rivoluzione di Chicago e delle sue evoluzioni, assume come presupposto dell'intervento correttivo pubblico le variazioni, in senso peggiorativo, del benessere del consumatore, misurato in termini di prezzi, quantità, varietà, qualità e innovazione⁶³. Il diritto antitrust europeo, in particolare, ha sempre mostrato una certa diffidenza nei confronti del concetto più rigoroso (in termini di aderenza al pensiero neoclassico e all'economia del benessere) di benessere totale o *total welfare*. In poche parole, i chiari riferimenti alla tutela dei consumatori presenti nei trattati hanno indotto le istituzioni europee a preferire, quale obiettivo dell'azione antitrust, la massimizzazione del benessere del consumatore, anche qualora l'estrazione di surplus di *consumer welfare* sia accompagnato da un incremento di efficienza in termini paretiani.

La nozione di benessere del consumatore, tuttavia, è il frutto dell'influenza di alcuni postulati tipici del pensiero neoliberale, quali l'individualismo metodologico e la valutazione del benessere individuale in termini esclusivamente monetari. Paradigmi, questi, difficilmente conciliabili con un adeguato apprezzamento dei fenomeni ambientali, aventi solitamente una dimensione collettiva, inter-temporale e non (solo) monetaria⁶⁴. La valutazione in termini econo-

netto del benessere totale. Cfr. P. HAMMER, *Antitrust beyond Competition: Market Failures, Total Welfare, and the Challenge of Intra-market Second-Best Tradeoffs*, in *Michigan Law Review* 98(4), 2000, p. 849; R. LIPSEY-K. LANCASTER, *The General Theory of Second Best*, in *Rev. Econ. Stud.*, 63, 1956, p. 11.

⁶³ Non vi è qui lo spazio per dare conto dei moltissimi contributi sul tema. Si vedano, tra i molti, B. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 7(1), 2010, p. 133 ss.; E. FOX, *The Efficiency Paradox*, in R. Pitofsky (ed), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, 2008, p. 77 ss.; J. STIGLITZ, *Towards a Broader View of Competition Policy*, in *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*, Oxford University Press, 2017, Ch. 2.

⁶⁴ Una proposta interessante è quella avanzata da R. Inderst-S. Thomas, *Reflective Willingness to Pay – Preferences for Sustainable Consumption in a Consumer Welfare Analysis*, in

mici del benessere riflette infatti una concezione monolitica dell'individuo inteso unicamente nella sua veste di agente economico interessato alla massimizzazione dei suoi interessi egoistici, in base all'assunto per cui lo spontaneo perseguimento dei bisogni individuali conduca al soddisfacimento dell'interesse collettivo⁶⁵. L'utilizzo normativo di questi concetti ha certamente favorito una semplificazione dei processi interpretativi, ma porta con sé le diverse falle di quella impostazione, noncurante ad esempio dei conflitti intersoggettivi⁶⁶ ma anche intra-soggettivi che nascono dalla coesistenza nell'individuo di diverse preferenze a seconda che egli agisca in qualità di cittadino, lavoratore, elettore, ecc.⁶⁷.

Come ben noto, a partire dagli anni 2000, l'analisi economica e i suoi postulati hanno trovato definitiva accoglienza nella politica europea di concorrenza, in particolare nell'interpretazione delle norme in materia di intese restrittive. L'obiettivo fondamentale dell'intervento antitrust è stato in più circostanze individuato nella tutela del benessere del consumatore e nell'efficienza allocativa, così limitando la possibilità di estendere l'analisi antitrust ad interessi non strettamente legati all'efficienza economica. L'interpretazione fornita dalla Commissione delle condizioni di esenzione di cui all'art. 101, par. 3, TFUE è in questo senso indicativa. Secondo quanto previsto dalle Linee Guida sull'interpretazione dell'art. 101 par. 3⁶⁸, l'attività di bilanciamento necessaria per accordare un'esenzione dall'applicazione del divieto comprende, quali unici benefici suscettibili di considerazione, gli incrementi di efficienza economica legati alla riduzione dei costi o all'aumento della qualità dei prodotti e/o servizi offerti. Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, da allora, le quattro condizioni cumulative previste dall'art. 101, par. 3 sono state interpretate in senso restrittivo, per non lasciare spazio a interessi e obiettivi non strettamente economici⁶⁹. In sintesi, la centralità della nozione di *consumer welfare* nel diritto antitrust ha condotto non solo ad una maggiore attenzione sugli effetti prodotti dai comportamenti delle imprese rispetto alla loro forma, ma anche ad una limitazione delle tipologie di vantaggi da includere nell'attività di bilanciamento degli effetti di qualsiasi condotta, necessariamente connessi ad un solo aspetto del benessere dell'individuo, quello economico.

ii) *La rigidità dei modelli utilizzati per il calcolo dei benefici: l'equilibrio parziale*

Accanto alla limitazione della natura dei vantaggi, un altro possibile ostacolo all'effettiva integrazione dei benefici ambientali riguarda l'interpretazione restrittiva di concetti chiave come quelli di "consumatore" e "mercato rilevante". Sempre con riferimento alla disciplina sulle intese restrittive della concorrenza e al meccanismo di bilanciamento di cui all'art. 101, par. 3, TFUE, secondo

LawFin Working Paper, n. 14, p. 1 ss. Gli autori suggeriscono una revisione dell'analisi del benessere del consumatore basata sul cd. "*reflective willingness to pay*", un parametro che tiene conto anche delle circostanze che influiscono sulle scelte di acquisto dei consumatori e l'esistenza di eventuali fallimenti del mercato.

⁶⁵ M. STUCKE-A. EZRACHI, *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, Harper Business, 2020; I. LIANOS, *op. cit.*

⁶⁶ F. DENOZZA-A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'"approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 3, 2006, p. 563 ss.

⁶⁷ M. SAGOFF, *The Economy of the Earth: Philosophy, Law, and the Environment*, CUP, 2nd ed., 2008, p. 48 ss.

⁶⁸ *Supra* n. 35.

⁶⁹ MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, *op. cit.*, BROOK, *op. cit.*

l'opinione prevalente, gli unici benefici suscettibili di valutazione sono quelli generati all'interno dello stesso mercato rilevante in cui è avvenuta la restrizione della concorrenza⁷⁰. In altre parole, gli effetti negativi per i consumatori di un mercato geografico o del prodotto non possono essere compensati dagli effetti positivi prodotti su un altro mercato. Un'interpretazione ugualmente restrittiva è prevalsa anche con riferimento alla seconda condizione prevista dal dell'art. 101, par. 3, TFUE, la quale richiede che i consumatori ricevano una congrua parte dei benefici generati dall'accordo. La nozione di consumatori fornita dalla Commissione europea infatti comprende esclusivamente i clienti delle parti dell'accordo e i loro successivi acquirenti, i quali devono essere compensati degli effetti negativi subiti a causa dell'accordo restrittivo. Anche in questo caso, tale impostazione riflette un approccio molto comune nella teoria economica ossia quello dell'equilibrio economico parziale⁷¹. In altri termini, a causa della difficoltà di descrivere le condizioni di tutti i mercati di un sistema economico, la teoria economica spesso si avvale di un approccio parziale basato sullo studio delle condizioni di equilibrio di un singolo mercato. Un metodo che, come emerge dall'analisi che precede, ispira anche l'interpretazione delle norme antitrust.

Per meglio comprendere le implicazioni di questo metodo, si consideri il caso di un accordo tra imprese attive nel settore elettrico avente ad oggetto la chiusura di alcuni impianti obsoleti e altamente inquinanti con il fine ultimo di ridurre le emissioni di gas serra generate dalla produzione di energia elettrica⁷². In questo caso, un simile accordo sarebbe senz'altro problematico dal punto di vista antitrust in quanto avrebbe come probabile esito una limitazione della produzione di energia e un maggior costo dell'elettricità con conseguente aumento dei prezzi per i consumatori. Accanto agli effetti positivi in termini di innovazione connessi allo sviluppo di nuovi impianti più efficienti, l'accordo produrrebbe anche benefici legati alla riduzione dell'inquinamento. In un simile scenario, tuttavia, l'adozione di un'interpretazione restrittiva delle condizioni di esenzione di cui all'art. 101, par. 3 imporrebbe la valutazione dei soli benefici (economici) generati a favore degli utilizzatori di energia elettrica, di fatto ignorando i vantaggi derivanti da una riduzione delle emissioni di cui beneficerebbe l'intera collettività, nonché le generazioni future. Di conseguenza, un accordo di questo tipo difficilmente supererebbe il vaglio delle autorità antitrust, in quanto i soli vantaggi economici a favore degli utilizzatori risulterebbero plausibilmente insufficienti a compensare l'aumento dei prezzi.

Per queste ragioni, anche qualora estendessimo le categorie di vantaggi utili ai fini della concessione di una esenzione, un'interpretazione restrittiva del mercato in cui ricercare tali vantaggi e dei possibili beneficiari impedirebbe in ogni caso un'adeguata valutazione dei benefici ambientali, dei quali solitamente giovano intere comunità anche nel corso di diverse generazioni⁷³.

⁷⁰ C. TOWNLEY, *The Relevant Market: An Acceptable Limit to Competition Analysis?*, in *European Competition Law Review*, 2011, p. 10 ss.

⁷¹ Intuizione sviluppata, tra i molti, da A. MARSHALL, *Principles of Economics*, 1890.

⁷² L'esempio è tratto dal procedimento avviato dall'autorità antitrust olandese nel caso sopra citato *Energy Accord* conclusosi una decisione contraria all'accordo.

⁷³ Un concetto fondamentale nell'economia ambientale, utilizzato nella maggior parte delle analisi di impatto ambientali, è quello del "discounting" o tasso di sconto che nasce dalla neces-

5. Alcune valutazioni sulle soluzioni prospettabili

Alla luce delle considerazioni ora svolte, occorre soffermarsi in chiave positiva sui possibili meccanismi di integrazione adoperabili dalle autorità anti-trust, in particolare nell'ambito della disciplina in materia di intese restrittive della concorrenza⁷⁴.

Innanzitutto, abbiamo visto come gli interventi ordinari a tutela della concorrenza in alcuni casi possano contribuire al perseguimento degli obiettivi ambientali. Ciò accade, ad esempio, quando le imprese utilizzano motivazioni legate alla tutela dell'ambiente come alibi o a copertura di accordi restrittivi, nell'ambito del più ampio fenomeno del *green-washing* o, ancora, quando l'oggetto o effetto di un'intesa è quello di ritardare o ostacolare la transizione ecologica. Per questa ragione, un primo possibile contributo da parte delle autorità antitrust potrebbe consistere in una revisione delle priorità di intervento, e quindi in una maggiore concentrazione di attenzione e risorse su quelle condotte dannose per il benessere sociale sia sul piano concorrenziale sia su quello ambientale. Secondariamente, come emerso dalle recenti consultazioni avviate dalla Commissione, una maggiore chiarezza sul trattamento riservato alle intese sostenibili è senz'altro auspicabile. A tal riguardo, il procedimento di revisione delle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale costituisce un'opportunità per intervenire in tal senso e, eventualmente, reintrodurre il titolo sugli accordi ambientali rimosso dall'ultima versione del documento. Ancora, in assenza di indicazioni di carattere generale, anche lo strumento delle *comfort letters*, utilizzato durante la prima fase della pandemia per superare situazioni di incertezza legate al regime introdotto con il *Temporary Framework*⁷⁵, potrebbe rivelarsi utile per aprire un confronto con le imprese sulle possibili ricadute concorrenziali delle iniziative sostenibili da loro messe in atto.

L'aspetto più complesso riguarda invece la possibile revisione del modo in cui le norme sono attualmente interpretate e applicate per poter dare attuazione all'obbligo di integrazione di cui all'art. 11 TFUE. A tal riguardo, due sono le strade generalmente invocate nel dibattito in materia⁷⁶: la prima ipotesi, che chiameremo di "integrazione positiva" implica una modifica, in senso ampliativo, dell'ambito di applicazione della normativa antitrust, ossia l'inclusione dei danni ambientali tra le giustificazioni di un intervento repressivo delle autorità antitrust⁷⁷; in alternativa, si prospetta una "integrazione negativa" fondata sulla non-applicazione dei divieti antitrust o su una esenzione per quei comportamenti che generano benefici ambientali ritenuti sufficientemente significativi.

sità attribuire il giusto peso ai benefici futuri, in considerazione del fatto che gli individui attribuiscono un peso inferiore al beneficio o al costo futuro rispetto a quello presente. Cfr. C. VOLPIN, *op. cit.*

⁷⁴ Si vedano anche le prospettive descritte da G. MONTI, *Four Options for a Greener Competition Law*, *op. cit.*

⁷⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza covid-19*, del 8 aprile 2020. Cfr. J. BUHART-D. HENRY, *COVID-20: The Comfort Letter Is Dead. Long Live the Comfort Letter?*, in *World Competition*, 43(3), 2020, p. 305 ss.

⁷⁶ J. NOWAG, *Background Note, Sustainability and Competition Law and Policy*, in *OECD 134th Meeting of the Competition Committee*, dicembre 2020.

⁷⁷ S. HOLMES, *Climate Change, sustainability, and competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 8(2), 2020, p. 354 ss.

Per quel che riguarda l'integrazione positiva degli obiettivi ambientali nell'analisi antitrust⁷⁸, diversi sembrano essere i profili di criticità. Si pone innanzitutto una questione di legittimità dell'intervento correttivo, alla luce della natura e delle competenze proprie delle autorità antitrust, le quali sembrerebbero prive di quella legittimazione democratica necessaria per effettuare scelte di valore così incisive, come quella di limitare libertà di impresa in nome dell'ambiente⁷⁹. In quest'ottica, appare condivisibile l'opinione di chi sostiene che questo tipo di bilanciamento possa essere effettuato solamente dal regolatore, con tutti gli strumenti anche innovativi di cui dispone⁸⁰. Secondariamente, un'estensione dell'ambito di applicazione delle norme antitrust tale da poter ricomprendere eventuali ripercussioni in materia ambientale risulterebbe difficilmente conciliabile con la funzione ad esse affidata dai trattati, ossia quella di tutelare la concorrenza nel mercato che, seppur strumentale al raggiungimento di obiettivi superiori, rimane la giustificazione imprescindibile di qualsiasi intervento repressivo.

Di converso, le considerazioni ora esposte non appaiono altrettanto ostative se riferite ad una integrazione negativa, e dunque ad una applicazione più flessibile delle norme antitrust per evitare che esse possano rappresentare un ostacolo allo sviluppo di iniziative che, seppur problematiche sotto il profilo concorrenziale, possono produrre effetti positivi per il benessere collettivo. A differenza della precedente ipotesi, un'integrazione di questo tipo implicherebbe un passo indietro delle autorità antitrust di fronte a benefici ambientali ritenuti sufficientemente meritevoli, e non un intervento più intrusivo nelle dinamiche di mercato, potenzialmente lesivo di altre situazioni giuridicamente tutelate. In aggiunta, un'interpretazione flessibile del divieto di intese restrittive non sarebbe del tutto estranea alla prassi delle autorità europee. Come abbiamo visto nei precedenti paragrafi, in un passato non troppo lontano considerazioni di carattere ambientale hanno spesso influito sull'applicazione dell'art. 101.

A tal proposito, le soluzioni prospettabili sembrano essere due e corrispondono alle modalità tramite le quali storicamente obiettivi diversi da quelli legati all'efficienza economica hanno fatto ingresso nell'analisi condotta ai sensi dell'art. 101 TFUE⁸¹. Abbiamo già discusso delle condizioni per concedere un'esenzione individuale o collettiva ai sensi dell'art. 101 par. 3, e degli ostacoli posti dall'interpretazione della norma oggi dominante⁸². Quella dell'esenzione dal divieto rappresenta infatti la via più immediata per integrare eventuali benefici ambientali, in linea con la struttura dell'art. 101, la quale ammette che una restrizione della concorrenza possa essere compensata da benefici di altro genere. A tal riguardo, quindi, un'interpretazione estensiva delle quattro condizioni e, in particolare, di ciò che costituisce un «miglioramento della pro-

⁷⁸ Alcuni esempi sono forniti da G. MONTI per quella che l'Autore definisce "the deepest green option", *Four Options for a Greener Competition Law*, *op. cit.*

⁷⁹ A. GERBRANDY, *Addressing the Legitimacy Problem for Competition Authorities Taking into Account Non-Economic Values: the Position of the Dutch Competition Authority*, in *European Law Review*, 5, 2015, p. 769 ss.

⁸⁰ M. GLASSER, *Sustainability, the Green Deal and Art 101 TFEU: Where We Are and Where We Could Go*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(6), 2015, p. 430 ss.

⁸¹ Un tema altrettanto importante che però, per ragioni di spazio, non può essere trattato in questa sede riguarda il coinvolgimento dell'autorità pubblica nella promozione di collaborazioni tra imprese per fini legati alla tutela ambientale.

⁸² E. LOOZEN, *Strict competition enforcement and welfare: A constitutional perspective based on Article 101 TFEU and sustainability*, in *Common Market Law Review*, 5, 2019, p. 1265 ss.

duzione o distribuzione dei prodotti» e un «progresso tecnico ed economico», nonché del perimetro dei soggetti che possono beneficiare dei vantaggi prodotti dall'accordo, appare indispensabile per un'effettiva integrazione dei benefici ambientali.

In ogni caso, occorre inoltre sottolineare che l'integrazione dell'analisi dei costi/benefici di un accordo con valutazioni legate all'impatto ambientale da esso prodotto non presuppone necessariamente un rifiuto del metodo economico, ma semmai una maggiore sofisticazione dello stesso al fine di comprendere concetti e strumenti ben noti nel campo dell'economia ambientale. L'analisi svolta dalla Commissione nel caso *CECED* sopra descritto, così come quella suggerita dai documenti prodotti da alcune autorità nazionali⁸³, forniscono esempi diversi di come l'analisi economica può supportare l'integrazione di considerazioni ambientali nell'analisi ex art. 101 par. 3. L'autorità olandese, ad esempio, suggerisce di esprimere i benefici di un accordo, nei casi in cui una loro quantificazione sia necessaria⁸⁴, in termini monetari, utilizzando per i benefici di carattere ambientale i cd. *shadow prices*⁸⁵, ossia il costo sociale del danno ambientale prodotto o evitato, da bilanciare con un eventuale incremento dei prezzi. Inoltre, nel caso in cui i benefici ambientali contribuiscano al perseguimento di un obiettivo di policy determinato a livello nazionale o internazionale, l'Autorità olandese ritiene opportuno considerare non solo i benefici a favore del gruppo di utilizzatori interessati dall'accordo, ma anche quelli di cui giova l'intera società. Una compensazione parziale dei costi subiti dai primi troverebbe giustificazione nel fatto che proprio tramite le loro scelte di acquisto essi sarebbero responsabili del problema ambientale. Pertanto, la scelta di utilizzare parametri oggettivi per la quantificazione e il bilanciamento degli effetti di un accordo, nonché l'individuazione delle circostanze in cui estendere il perimetro soggettivo e temporale dei benefici, appare condivisibile. Tuttavia, proprio perché diversi sono gli strumenti offerti dalla scienza economia, la decisione di perseguire questo meccanismo di integrazione impone l'adozione di linee guida chiare per le imprese, nonché da un rafforzamento della collaborazione tra autorità antitrust e quelle aventi specifiche competenze ambientali. Il loro ausilio appare infatti indispensabile per individuare le iniziative effettivamente desiderabili per il benessere sociale e i parametri sui quali fondare l'analisi dei costi e dei benefici delle condotte oggetto di scrutinio.

Se la via dell'esenzione rappresenta quella probabilmente più semplice e immediata, un'alternativa è fornita dallo stesso art. 101 par. 1, il quale definisce l'ambito di applicazione del divieto. In altre parole, in passato, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 101 è stata interpretata dalle Corti europee in maniera flessibile per escludere dal suo ambito di applicazione quelle restrizioni ritenute necessarie o inevitabili per tutelare un pubblico interesse. In par-

⁸³ *Infra*, nota 14.

⁸⁴ Secondo l'Autorità infatti non è sempre necessario quantificare i benefici prodotti dall'accordo per verificare la seconda condizione di esenzione, nello specifico ciò non è richiesto nel caso in cui le quote di mercato delle parti coinvolte nell'accordo siano modeste o, in alternativa, nel caso in cui all'esito di una prima analisi il danno concorrenziale risulti di gran lunga inferiore ai benefici prodotti dall'accordo. Si vedano anche gli esempi forniti a riguardo, *Guidelines on Sustainability Agreements 2021* (parr. 53-56).

⁸⁵ Questo meccanismo però vale solamente per i benefici ambientali e non quelli generalmente legati alla sostenibilità (tutela degli animali, delle condizioni dei lavoratori ecc.). In questi casi l'Autorità suggerisce l'utilizzo di un'analisi della disponibilità dei consumatori ad acquistare i prodotti/servizi oggetto dell'accordo (*WTP analysis*).

ticolare, in *Wouters*⁸⁶ e *Meca-Medina*⁸⁷, la Corte di Giustizia ha affermato che non ogni accordo tra imprese o ogni decisione di un'associazione di imprese che restringa la libertà d'azione delle parti o di una di esse ricade necessariamente sotto il divieto sancito all'art. 101 par. 1, in quanto in alcuni casi l'effetto restrittivo è indispensabile per il raggiungimento di obiettivi meritevoli di tutela⁸⁸. Nei casi ora citati la Corte ha infatti escluso dall'ambito di applicazione del divieto alcune restrizioni introdotte da un ordine professionale e da un'organizzazione sportiva, ritenendo che tali effetti restrittivi fossero necessari per il funzionamento di dette organizzazioni e quindi per il perseguimento di un legittimo interesse, nel rispetto del principio di proporzionalità. Ecco, un ragionamento simile potrebbe essere applicato per analogia alle intese ambientali, come sopra definite, qualora sia dimostrato che un determinato accordo contribuisca in maniera significativa al raggiungimento di obiettivi ambientali, e che l'effetto restrittivo sia indispensabile per tale scopo, per ad esempio nel caso in cui vincoli di natura economica, giuridica o tecnica impediscano il concreto sviluppo di soluzioni alternative e meno restrittive. Al contrario, un'esenzione in blocco di tutte le intese sostenibili che non preveda una valutazione della concreta rilevanza di ogni singolo accordo per il raggiungimento di un obiettivo ambientale (quindi la sua indispensabilità) e della proporzionalità degli effetti anti-concorrenziali rispetto ai benefici ambientali, non sembra essere un meccanismo adeguato per scongiurare il rischio di comportamenti opportunistici che, come abbiamo visto, sono doppiamente dannosi per la collettività.

6. Considerazioni conclusive

La pressione che negli ultimi anni sta investendo in maniera trasversale autorità pubbliche e soggetti privati affinché si adoperino in maniera celere ed efficace per fronteggiare le sfide climatiche e ambientali del nostro tempo, è senza precedenti⁸⁹. La sensazione è che la sola azione degli Stati, tramite tradizionali interventi *top-down*, non sia a tal fine sufficiente, e che il contributo attivo di tutti gli attori privati, compresi individui e imprese, sia indispensabile per la realizzazione in tempi rapidi della transizione ecologica della società e

⁸⁶ Sentenza della Corte di Giustizia, 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *JCJ Wouters, JW Savelbergh and Price Waterhouse Belasting-adviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, 2002, ECR I-1577.

⁸⁷ Sentenza della Corte di Giustizia, 18 luglio 2006, causa C-519/04 *Meca-Medina and Majcen v Commission*, 2006, ECR I-06991. Più complesso è appare l'utilizzo della cd. dottrina *Albany* (riferita alla causa Corte di giustizia, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, 1999, ECR I-5751, e sviluppata nei Casi C-115/97, C-116/97 e C-117/97 *Brentjens'Handelsonderneming BV*, 1999, ECR I-6025), in quanto essa richiede che l'accordo oggetto di scrutinio sia indispensabile per il perseguimento di un obiettivo dell'Unione, come nel caso degli accordi sindacali per la tutela dei lavoratori. Appare dunque difficile sostenere che gli accordi ambientali siano ugualmente cruciali per il raggiungimento degli obiettivi ambientali al tal punto da giustificare un'esenzione in blocco anche a prescindere dalla proporzionalità degli effetti restrittivi generati.

⁸⁸ *Wouters*, § 97.

⁸⁹ Ci si riferisce anche alle diverse pronunce di condanna nei confronti degli Stati per inadempienza nella lotta ai cambiamenti climatici. In tal senso la recentissima pronuncia del Tribunale amministrativo di Parigi N°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1 del 3 febbraio 2021, o la più nota sentenza *Urgenda* della Corte Suprema olandese n. 19/00135 del 20 dicembre 2019.

del sistema economico. Favorire il coinvolgimento di soggetti privati nelle politiche a tutela dell'ambiente significa riflettere sull'adeguatezza del quadro normativo esistente, per verificare l'esistenza di sufficienti incentivi e possibili ostacoli. Allo stesso tempo, nonostante la legittimità dell'intento, occorre porre un freno agli eccessivi entusiasmi nei confronti di un indiscriminato rilassamento delle regole, in quanto non tutte le iniziative delle imprese sono desiderabili per l'interesse collettivo e alto è il rischio che un'eccessiva flessibilità dia luogo alla diffusione di azioni cosmetiche, attività di *green-washing* o, ancor peggio, a fenomeni collusivi. È in questo contesto che si inserisce quindi l'attuale dibattito sui limiti posti dalla normativa antitrust ad iniziative private mosse da considerazioni di carattere ambientale e, in particolare, sugli ostacoli posti dal divieto di intese ex art. 101 TFUE alla realizzazione di collaborazioni tra imprese motivate dalla volontà di migliorare la sostenibilità ambientale delle loro attività.

Con questo lavoro si è tentato di porre l'attenzione sulle principali questioni interpretative legate all'integrazione di considerazioni ambientali in ambito antitrust, anche alla luce delle recenti iniziative della Commissione e di alcune autorità antitrust nazionali. Se da un lato non si rilevano significativi impedimenti di carattere normativo, anche alla luce del principio sancito dall'art. 11 TFUE, l'integrazione degli obiettivi ambientali nella politica antitrust europea incontra diversi ostacoli tanto sul piano ideologico quanto su quello applicativo. Alcune assunzioni sulle quali si fonda il diritto antitrust moderno, come ad esempio la neutralità del metodo economico, riflettono infatti una certa miopia nei confronti della complessità dei fenomeni sociali e ambientali e ne impediscono una piena comprensione. Come visto, le soluzioni prospettabili sono diverse, e non implicano necessariamente uno stravolgimento dell'attuale paradigma, né un rifiuto del metodo economico, ma tutt'al più un adeguamento dei suoi mezzi al fine di individuare un corretto bilanciamento tra valori giuridicamente tutelati. In ogni caso, anche alla luce della frammentarietà delle proposte in campo, occorre evitare che l'incertezza scoraggi comportamenti virtuosi, fornendo quanto prima agli operatori economici indicazioni chiare sul tipo di valutazione che le autorità antitrust intendono adottare per verificare la legittimità di determinate iniziative sostenibili ai sensi della normativa antitrust, perché essi possano comprendere e prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie condotte.

La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel *turnaround* industriale

The “Cassa Depositi e Prestiti”: the recent mutations and the problems of involvement in the industrial turnaround

di **Andrea Pisaneschi***

ABSTRACT

L'articolo descrive la trasformazione della Cassa depositi e Prestiti dal 2003 ad oggi, sottolineando i vari passaggi da società per azioni a holding di partecipazioni sino alla banca pubblica di promozione. Si sofferma sulle funzioni più recenti di gestione del turnaround delle imprese. Descrive il funzionamento del c.d. patrimonio destinato. Conclude con alcuni interrogativi sulla coerenza delle varie funzioni che la normativa ha progressivamente attribuito alla Cassa.

Parole Chiave: Cassa depositi e prestiti – Patrimonio destinato – Banca di promozione – Turnaround – Debito pubblico

The article describes the transformation of the Cassa Depositi e Prestiti from 2003 to today, underlining the various steps from a joint stock company to a holding company up to the public promotion bank. It is focused on the most recent functions of managing the turnaround of companies; describes the functioning of the so-called destined heritage; concludes with some questions on the consistency of the various functions that the legislation has progressively attributed to the Bank.

Key Words: Cassa Depositi e Prestiti – Promotional bank - Turnaround - Public debt.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La prima trasformazione della Cassa Depositi e Prestiti nel 2003: la società per azioni. – 3. La seconda trasformazione: la Cassa *holding* di partecipazioni. – 4. La terza trasformazione: la banca pubblica di promozione. – 5. La quarta trasformazione: la gestione del *turnaround* delle imprese. – 6. Forse è opportuno scegliere.

* Professore ordinario di diritto costituzionale.

1. Premessa

La crisi anche economica, innescata dal Covid 19, ha riproposto il tema delle modalità dell'intervento dello Stato dell'economia¹.

Se non si nega, neppure da parte delle correnti di pensiero più liberiste, la necessità di interventi di supporto in casi di violenta contrazione economica, assai più discusse sono invece le modalità di questo intervento. Da alcune parti politiche si invoca la necessità di "banche pubbliche", figura che in verità non esiste come *species* giuridica e che pertanto non potrebbe essere caratterizzata da alcuna particolarità, né di funzionamento né di regolazione, rispetto a qualunque altro intermediario creditizio. Lo stesso Governatore della Banca d'Italia ha recentemente ricordato come più che una banca pubblica sarebbe necessaria una pubblica amministrazione efficiente e infrastrutture adeguate². Inoltre, la storia delle banche pubbliche italiane, che è il caso di ricordare operavano comunque in un mercato protetto, chiuso alla concorrenza e fortemente segmentato, non è stata sempre una storia di successo, consegnando al mercato, in molti casi, istituti deboli ed eccessivamente piegati alle logiche politiche dei territori di appartenenza.

In questo contesto, un ruolo non ancora compiutamente definito è giocato dalla Cassa Depositi e Prestiti, alla quale il legislatore ha in passato attribuito determinate funzioni principalmente per ragioni di bilancio pubblico, e poi come spesso succede, gli ha attribuito funzioni diverse, alcune in linea con la storia dell'istituto, altre non sempre omogenee e coerenti³. Anche il legislatore

¹ Ripercorrere in questa sede le ragioni dell'intervento dello Stato nell'economia porterebbe lontano rispetto all'obiettivo, assai limitato, di questo scritto. È noto che i rapporti tra Stato e mercato hanno subito nel tempo varie oscillazioni, in dipendenza sia di fattori economici sia di fattori ideologici. Come ricorda recentemente M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 2, 2020, il modello ordoliberal tedesco ha ispirato il modello dell'economia sociale di mercato. "La lotta ai monopoli, il decentramento dei poteri e un approccio di tendenziale neutralità tra Stato e mercato ha dominato l'assetto regolatorio dell'economia della Germania dal secondo dopoguerra in poi"... "il paradigma regolatorio dei mercati, consolidatosi nell'ultima parte del secondo scorso ed estesososi a livello mondiale, ha come radice nascosta il predominio della visione liberal-democratica che, soprattutto dopo il crollo dei regimi di stampo socialista dopo il 1989 non sembrava avere più competitori credibili". Viceversa nella fase successiva alla crisi del 2008-2011 il modello regolatorio è stato messo in crisi anche in conseguenza dell'espandersi di ideologie di stampo sovranista e populista. Ancora, nella crisi finanziaria del 2008 lo Stato regolatore ha ceduto il passo allo Stato salvatore. Su questo aspetto, come su altri di teoria generale, la letteratura in materia è sterminata. Si veda G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. Amm.* 2008, p. 1083; M. CLARICH, *La mano visibile dello Stato nelle crisi economica e finanziaria*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2010; G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012. È poi da ricordare che il modello regolatorio dei mercati è messo in crisi anche da sistemi politici ed economici alternativi al modello occidentale, come ad esempio quello cinese.

² Cfr. intervento del Governatore Visco al Comitato esecutivo dell'ABI 16 ottobre 2020 secondo il quale "si discute anche, in questi giorni, della possibilità che lo Stato intervenga nel sistema bancario assumendo direttamente la proprietà di quegli intermediari che stanno cercando di completare difficili processi di ristrutturazione e rilancio, al fine di creare un "polo bancario pubblico" che contribuisca al supporto dell'economia reale, soprattutto nel Mezzogiorno e nei confronti delle piccole imprese. La questione è complessa. Si può discutere del nesso tra la natura della proprietà e i risultati che si possono ottenere nella conduzione dell'attività di impresa, ma l'esperienza delle gestioni bancarie pubbliche si è non di rado caratterizzata per gravi inefficienze nei processi di allocazioni delle risorse.

Non va dimenticato, inoltre, che più del supporto di una grande banca pubblica l'economia italiana beneficerebbe innanzitutto di una pubblica amministrazione efficiente, di infrastrutture adeguate, di investimenti in innovazione e conoscenza".

³ Sulla storia della Cassa depositi e prestiti cfr. M. DE CECCO-G. TONIOLO, *Storia della Cassa depositi e prestiti*, Bari, 2013, *passim*.

europeo è intervenuto, qualificando la Cassa Depositi e Prestiti italiana, al pari di altri istituti simili francesi tedeschi e spagnoli (altre nazioni hanno poi seguito) come Banche nazionali di promozione, nuova figura giuridica collegata al piano di investimenti per l'Europa 2014-2020. Tali istituti hanno sino ad ora svolto un ruolo marginale, ma è presumibile che potranno diventare attori fondamentali nell'attuazione del programma dell'U.E. c.d. *Next Generation* (o impropriamente *Recovery Fund*).

Questi diversi ruoli che può svolgere la Cassa depositi e prestiti sono favoriti, ad un tempo, da una certa ambiguità della natura giuridica – che però ne costituisce anche la forza – e dalle caratteristiche complessive del sistema creditizio, ormai completamente privatizzato⁴.

La Cassa depositi e prestiti è, infatti, una istituzione finanziaria non bancaria, avente natura di organismo pubblico, sottoposta a vigilanza informativa e di riserva obbligatoria da parte della Banca d'Italia (anche se gestisce circa trecento miliardi di euro di risparmio postale) ma non sottoposta alla regolazione speciale degli intermediari creditizi. In particolare, la non sottoposizione alla regolazione prudenziale di vigilanza sui requisiti patrimoniali ha avvantaggiato la Cassa nell'esercizio della sua funzione di *holding* di partecipazioni (dato che esse non sono computate nel patrimonio di vigilanza come invece accade con le banche).

Nel tempo la Cassa ha assunto vari ruoli, e, nella particolare contingenza economica conseguente alla pandemia, viene spesso utilizzata dallo Stato per operazioni c.d. "di sistema" (l'intervento in ASPI dopo il crollo del ponte Morandi, l'acquisto di Borsa Italiana, l'operazione di integrazione tra Metroweb Italia S.p.a. e Enel Open Fiber S.p.a.) e per appoggiarvi strumenti pubblici di rilancio economico (il fondo c.d. Patrimonio Destinato, previsto nel decreto "rilancio").

Come sempre, quando le attività diventano troppo numerose, è opportuno effettuare una scelta che deve essere la più coerente possibile con la storia, le capacità e la missione dell'ente. Inoltre, trattandosi di un ente pubblico che fondamentalmente gestisce il risparmio postale dei cittadini, tale scelta deve essere anche coerente con finalità di interesse pubblico e con il profilo di rischio assunto dal risparmiatore postale. Ricordare pertanto, sia pure brevemente, la evoluzione della Cassa, è necessario per determinare i parametri di riferimento rispetto ai compiti e alle funzioni che il legislatore nazionale ed europeo sta progressivamente attribuendo a questo istituto.

2. La prima trasformazione della Cassa Depositi e Prestiti nel 2003: la società per azioni

Già dall'Unità esisteva in Italia un ente costruito sul modello della *Caisse des dépôts et consignations* francese, denominato Cassa depositi centrale del risparmio postale (successivamente denominato Cassa depositi e prestiti) e istituito come una direzione generale del Ministero del Tesoro secondo il modello dell'impresa pubblica-organo. Nel 1983 la Cassa ha cessato di essere

⁴ G. CHIESINI, *Cassa Depositi e Prestiti. Un nuovo intermediario nel sistema finanziario italiano*, in L. Munari (a cura di), *Attualità e prospettive negli studi di economia dei mercati e degli intermediari finanziari*, Parma, 2006, p. 377.

una direzione generale del Ministero del Tesoro, acquisendo poi personalità giuridica ed una propria autonomia ordinamentale, organizzativa, patrimoniale e di bilancio, assumendo poi, nel 1999, la natura giuridica di “amministrazione dello Stato dotata di propria autonomia ordinamentale, organizzativa e di bilancio”⁵.

Nello svolgimento di questa attività era favorita, rispetto alle banche, per un minor costo della raccolta, che beneficiava da un lato della garanzia statale, e dall'altro lato, ed in conseguenza, di una minor remunerazione del risparmio postale.

La Cassa utilizzava il risparmio postale, raccolto attraverso gli uffici postali, per il finanziamento delle opere pubbliche a livello locale, riuscendo a trasformare scadenze a breve o anche a vista (come il risparmio postale) in prestiti a medio o anche a lungo termine grazie alla garanzia dello Stato. Il costo dei finanziamenti per i prenditori, d'altra parte, poteva essere inferiore al finanziamento bancario, data la minor remunerazione del risparmio postale.

I numeri sono comunque rilevanti: si può dire che a cavallo degli anni 90 (quando esisteva già un articolato sistema di intermediazione creditizia in Italia) le attività dell'ente si attestavano intorno al 20% del PIL del paese e pesavano per oltre i 20% rispetto all'intero sistema bancario⁶ (come si dirà nel 2020 è previsto una gestione di risparmio di oltre 300 miliardi di euro). Di fatto, la Cassa ha costituito nello scorso secolo il principale intermediario finanziario del paese, suscitando sia critiche di economisti liberisti che vi vedevano una alterazione sostanziale dell'ordinamento creditizio e la costituzione di un sistema creditizio parallelo per gli enti locali, sia dello stesso sistema creditizio che vi vedeva una distorsione concorrenziale basata su aiuti di Stato attraverso la garanzia pubblica.

Nel 2003 la Cassa fu trasformata da ente pubblico economico in società per azioni⁷.

A questa trasformazione contribuirono varie esigenze.

In primo luogo, la necessità di stimolare la crescita di un paese che cresceva meno delle altre economie sviluppate spingeva verso investimenti pubblici (tema invero non nuovo). Tuttavia, la Cassa depositi e prestiti, in quanto ente pubblico sotto il controllo dello Stato, rientrava nel perimetro del Governo e pertanto una espansione della sua attività avrebbe inciso sul disavanzo di bilancio dello Stato. Inoltre, il risparmio postale era considerato debito pubblico, essendo sostanzialmente un prestito a breve termine allo Stato.

In secondo luogo, v'era la volontà di far partecipare in qualche modo anche i privati al finanziamento delle opere pubbliche.

In terzo luogo, vi era l'esigenza (anche questa sempre presente in Italia) di diminuire l'ammontare del debito pubblico attraverso l'alienazione sia di parte

⁵ Cfr. G. DELLA CANANEA, *Il riordino della Cassa depositi e prestiti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, p. 1 ss. La giurisprudenza ha poi ricondotto questo ente alla categoria dell'azienda autonoma o dell'agenzia ministeriale. Sul punto M. LOTTINI, *La Cassa Depositi e prestiti come agenzia?*, in *Il Foro Amministrativo*, TAR, 2002, p. 1405 ss. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1948 del 23 febbraio 1998 a sezioni unite, ha sostenuto poi che la Cassa doveva essere qualificata, ai fini dei rapporti di lavoro, come ente pubblico economico.

⁶ Sul ruolo nell'economia della Cassa depositi e prestiti, a parte il volume citato nella nota n. 2 cfr. P. DONGILI, *Uno strumento di politica economica: la Cassa depositi e prestiti*, in *Economia Pubblica*, 1990, p. 623.

⁷ Cfr. G. DELLA CANANEA, *La società per azioni Cassa depositi e prestiti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 367; F.M. MUCCIARELLI, *Ma cosa è diventata la Cassa depositi e prestiti?*, in *Mercato, concorrenza regole*, n. 2, 2004, p. 362.

del patrimonio immobiliare dello Stato, sia di parte delle partecipazioni statali di maggior valore, senza tuttavia perderne completamente il controllo, sia infine prevedendo strumenti di raccolta differenti rispetto alla collocazione sul mercato del debito pubblico⁸.

Per trasformare la Cassa Depositi e Prestiti in una vera e propria *Market Unit*, fuori del perimetro delle amministrazioni pubbliche, erano però necessari almeno tre condizioni:

- a) la presenza di soggetti privati nel capitale della nuova società;
- b) una struttura societaria e organizzativa della Cassa che ne consentisse l'omologazione da parte di *Eurostat* come soggetto esterno al bilancio pubblico;
- c) l'autorizzazione della Banca di Italia come intermediario.

Il primo punto fu risolto attraverso l'ingresso delle fondazioni bancarie nel capitale della Cassa attraverso la cessione di un pacchetto di azioni privilegiate (30%), cessione che risultò essere particolarmente vantaggiosa in termini di flussi di dividendi, anche se all'atto della conversione delle privilegiate in azioni ordinarie, tale pacchetto si trasformò poi nel 18% del capitale⁹.

Come noto le fondazioni bancarie erano enti sorti a seguito della privatizzazione del sistema bancario: per privatizzare quelle banche che avevano una struttura fondazionale, l'azienda bancaria fu conferita in una nuova società per azioni il cui capitale fu attribuito all'ente pubblico conferente. Questi enti, inizialmente pubblici, divennero quindi i titolari dei pacchetti azionari di controllo delle banche e quindi i loro proprietari. Tali soggetti furono poi privatizzati, attraverso una modifica statutaria imposta per legge, denominati fondazioni bancarie, e sospinte da interventi successivi del legislatore a perdere il controllo delle banche. Una sentenza della Corte costituzionale del 2003 (la n. 300), proprio nell'anno della trasformazione della Cassa in S.p.a., ne riconobbe la natura di soggetti privati¹⁰.

La scelta delle fondazioni bancarie come soci rispondeva, pertanto, alla logica evidente di privilegiare soci privati, per così dire "ibridi", a cavallo tra soggetti formalmente privati ma con una componente storica pubblicistica, che fossero anche investitori di lungo termine; enti *non profit* per i quali l'obiettivo principale è una redditività sostenibile nel medio e lungo periodo.

Attraverso la Cassa depositi e prestiti, tuttavia, le fondazioni bancarie, che avevano appena perso il controllo delle banche, sul presupposto che fosse necessario (ed utile) separare la politica dal credito, sono rientrate nel capitale

⁸ L'impatto complessivo netto dell'operazione sul debito pubblico venne stimato dalla Banca d'Italia in una riduzione di circa 0,6 miliardi di euro in seguito alla ripartizione tra Stato e Cassa delle attività e passività della Cassa, e in un'ulteriore riduzione di 12 miliardi di euro in seguito alle cessioni delle partecipazioni. Queste ultime, contabilizzate come ricavi da dismissioni, contribuirono anche, per il medesimo importo, alla riduzione del fabbisogno complessivo della PA per circa 1 punto del PIL.

⁹ Indipendentemente dalle questioni strategiche e di possibili conflitti di interesse per le fondazioni che sono ancora nel capitale di banche rilevanti, l'investimento in Cassa depositi e prestiti si è rivelata per questi enti di elevata redditività. Dal 2004 al 2011 hanno incassato in totale 1,04 miliardi di euro di dividendi, recuperando integralmente il capitale apportato nel 2003. Secondo un rapporto di Mediobanca Securities, per le fondazioni la partecipazione nella Cassa ha costituito l'unico investimento realmente remunerativo a fronte di un flusso di dividendi in caduta derivanti dalle partecipazioni bancarie. Per questi dati cfr. S. BATTILOSSI, *La nuova Cassa depositi e prestiti*, in M. De Cecco-G. Toniolo (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti*, cit., p. 91.

¹⁰ Per una ricostruzione della privatizzazione delle banche pubbliche in Italia, M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le Fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non profit*, Bologna, 2001.

di un ente che è poi stato chiamato a partecipare alle principali operazioni di politica industriale del paese.

Il secondo punto fu risolto attraverso la costituzione, all'interno della Cassa, di due gestioni tra loro separate a fini contabili e organizzativi, la c.d. Gestione separata e la c.d. Gestione ordinaria. Come è stato rilevato *“tale separazione ha valenza sia organizzativa che disciplinare e contabile: infatti pur volta a rispettare la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato e concorrenza interna essa rispecchia, in realtà, anche una precisa duplicità di scopo e di distinti regimi legali”*¹¹.

La c.d. Gestione separata continua ad utilizzare il risparmio postale per investimenti effettuati dal settore pubblico, gode di rilevanti benefici fiscali, della garanzia dello Stato, è sottoposta a poteri di indirizzo da parte del MEF, alla vigilanza di una apposita commissione parlamentare e della Corte dei Conti¹². Nella gestione separata ricade anche la gestione delle partecipazioni azionarie; tuttavia, in ragione del peculiare regime che caratterizza la gestione separata, ai fini antitrust le partecipazioni ad essa assegnate sono considerate come detenute direttamente dal MEF e attribuite a Cassa depositi e prestiti a fini meramente amministrativo contabili¹³.

Mentre prima della trasformazione in società per azioni il risparmio postale però era integralmente conteggiato come debito pubblico, in quanto considerato un prestito di soggetti privati ad una istituzione pubblica, a seguito della trasformazione in S.p.a. il risparmio postale è considerato un prestito di soggetti privati ad una istituzione privata, ed è pertanto al di fuori del perimetro di consolidamento del debito pubblico. Il risparmio postale diventa debito pubblico, invece, solo quando la Cassa lo impiega per il finanziamento degli investimenti delle Amministrazioni pubbliche, ovvero quando viene versato nel conto di tesoreria del Ministero dell'Economia (in quanto debito di Amministrazioni Pubbliche verso un soggetto privato). Anche in questo secondo caso, però, il vantaggio per lo Stato è evidente: il risparmio postale diviene un ulteriore fonte di finanziamento del debito statale senza necessità di ricorrere al mercato del debito attraverso emissioni (ciò è particolarmente utile specialmente in periodi di tensioni sugli *spread*).

¹¹ Così V. MINERVINI, *Il nuovo azionariato di Stato, Lineamenti delle ricapitalizzazioni emergenziali*, Torino, 2020, p. 50, che cita sul punto il provvedimento dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, agosto 2012 n. 232824 (C11695, Cassa Depositi e Prestiti\SNAM). Nello stesso senso anche Corte dei Conti, sez. Controllo Enti, det. 4/2015 sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di CDP per l'esercizio 2013.

¹² Ad esempio, sulla base dell'art. 5, comma 24, d.l. n. 269/2003 tutti gli atti sono esenti dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dalla imposta ipotecaria e catastale e da ogni altra imposta indiretta, nonché da ogni altro tributo o diritto.

¹³ Nella gestione separata si combinano caratteristiche pubblicistiche con elementi privatistici. Il MEF svolge un potere di indirizzo (in relazione alle condizioni della raccolta e degli impieghi e alla gestione delle partecipazioni) e l'allocazione del credito in base al principio della eguaglianza delle opportunità (non solo quindi il merito creditizio). Mentre a livello di *governance* partecipano al Cda sia rappresentanti del Ministero del Tesoro sia delle amministrazioni locali, mentre l'attività è controllata da una Commissione di vigilanza composta da rappresentanti del Parlamento, Consiglio di Stato e Corte dei Conti. In relazione al tema delle partecipazioni cfr. AGCM provvedimento 11 gennaio 2017, n. 26331 (C12073, Poste Italiane – Fsi Investimenti-F2i Reti logistiche\Sia). In questa decisione si afferma che una partecipazione che rientra nella gestione separata è di fatto, soggetta al controllo del MEF. Infatti, secondo il d.m. 18 giugno 2014 *“fermo restando il potere di indirizzo sulla gestione separata riservato al MEF, la CDP è tenuta a consultare preventivamente il Ministero in merito ad operazioni di gestione non ricomprese in quelle di cui al comma successivo e ad attenersi alle indicazioni motivate dello stesso, ove difformi dalla proposta formulata”*.

La gestione ordinaria si finanzia invece sul mercato con l'emissione di strumenti finanziari senza la garanzia dello Stato e assunzione di finanziamenti. Ha per oggetto la concessione di finanziamenti per opere, impianti, reti e dotazioni destinate ad iniziative di pubblica utilità, nonché investimenti finalizzati a ricerca, sviluppo, innovazione, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale. La gestione ordinaria è finalizzata a permettere la realizzazione delle opere ritenute di interesse pubblico senza gravare direttamente sul debito pubblico e a permettere la partecipazione alle stesse di investitori privati "garantendo un equilibrio tra orizzonte temporale e rischio assunto in base all'investimento"¹⁴. Evidentemente in questo campo la Cassa opera in concorrenza con le banche e gli altri istituti di credito finanziari¹⁵.

In relazione al terzo punto nel 2006 la Cassa fu classificata come istituzione finanziaria non bancaria¹⁶. Più in generale rientra in quella categoria di *National Promotional Banks* collegata a quel "modello dell'economia sociale di mercato fortemente competitiva" introdotto dal Trattato di Lisbona e di cui alla comunicazione della Commissione europea, su cui il paragrafo 5)¹⁷.

È sottoposta alla vigilanza informativa della Banca d'Italia e alla riserva obbligatoria ma non agli altri vincoli patrimoniali ai quali sono sottoposte le banche. Ciò è stato rilevante per l'assunzione da parte della Cassa Depositi e Prestiti di partecipazioni industriali che se fosse stata qualificata come banca, non avrebbe invece potuto assumere per i vincoli sul patrimonio di vigilanza. Come noto, l'art. 89 del regolamento (UE) n. 575/2013, vieta infatti agli enti creditizi di detenere partecipazioni qualificate in un'impresa al di fuori del settore finanziario e bancario il cui importo superi il 15% salva autorizzazione specifica della Banca d'Italia. Inoltre, gli assorbimenti patrimoniali delle partecipazioni non finanziarie sul capitale di vigilanza per le banche sono assai elevati.

Da un punto di vista della natura giuridica, è stata qualificata dal Consiglio di Stato nel 2007, come "organismo di diritto pubblico", qualifica che, nono-

¹⁴ Vi è comunque una forte sproporzione tra gestione separata e gestione ordinaria. Da un punto di vista della raccolta il risparmio postale ha continuato a rappresentare oltre il 90% dello stock delle risorse complessive.

¹⁵ In verità non solo in relazione alla gestione ordinaria la Cassa è in concorrenza con il sistema bancario. Nella relazione del Presidente dell'ABI del 2006 si legge a proposito della Cassa: "*Crediamo sia un diritto esigere parità di trattamento ed un campo di gioco livellato... facciamo riferimento all'attività delle Poste e della Cassa depositi e prestiti, entrambe società per azioni, che godono di privilegi non più giustificati dalla loro natura privatistica. Negli ultimi anni Poste ha conquistato oltre 3 milioni di correntisti, più del 105 del totale. Non si è trattato di un successo imprenditoriale, bensì di prezzi che non debbono tenere conto dei vincoli di bilancio*".

¹⁶ La legge del 2003 ha collocato la Cassa tra gli intermediari finanziari non bancari, assoggettandola alla vigilanza della Banca d'Italia nelle forme previste per gli intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del TUB "*tenendo presenti le caratteristiche del soggetto vigilato*". Pur non essendo un intermediario creditizio le relazioni annuali della Banca d'Italia considerano le sue attività e passività come parte integrante dell'aggregato bancario. Sulla natura sostanzialmente bancaria di questo ente F. MUCCIARELLI, *Ma cosa è diventata la Cassa depositi e prestiti? in Mercato, concorrenza regole*, 2, 2004, p. 335 che rileva come la CDP attraverso le Poste raccoglie risparmio con obbligo di restituzione ed esercita il credito.

¹⁷ Spesso si ingenera una qualche confusione tra la banca commerciale pubblica e la figura della banca pubblica di sviluppo. Le due sono assai differenti per funzioni e natura. Anche il Governatore della Banca d'Italia ne ha sottolineato la differenza nell'intervento citato nella nota n.1 "*diversa è la natura, forse più complessa l'attività, di una banca pubblica di sviluppo; l'utilità di muovere in questa direzione e le modalità su come farlo andrebbero valutate con attenzione*". Sulle funzioni della Cassa nella c.d. economia sociale di mercato, propugnata dal Trattato di Lisbona, F. BASSANINI, *La Cassa depositi e prestiti nell'economia sociale di mercato*, in *Astrid Rassegna*, n. 4, 2012.

stante alcune critiche, non sembra eludibile¹⁸; è inoltre considerabile come una società di diritto singolare e come tale non soggetta all'applicazione della disciplina del Testo Unico Partecipate (d.lgs. n. 175/2016) che dovrebbe governare il sistema delle partecipazioni pubbliche¹⁹.

3. La seconda trasformazione: la Cassa *holding* di partecipazioni

L'art. 5 d.l. n. 269/2003 ha consentito alla Cassa di assumere partecipazioni da assegnare alla gestione separata, mentre è parimenti consentito allo Stato trasferire partecipazioni, anche indirette, alla Cassa²⁰. La legge e lo Statuto tuttavia prevedono che la Cassa possa investire soltanto in società in condizioni di stabile equilibrio economico finanziario e patrimoniale, con adeguate prospettive di crescita e redditività. Dunque, il salvataggio di aziende in crisi non rientrava, originariamente, tra i fini della Cassa, anche perché in tal caso potrebbe porsi un serio problema di aiuti di Stato.

Su questa base fu ceduto alla Cassa un primo pacchetto di azioni di società privatizzate di cui lo Stato deteneva ancora il controllo (10,35% di Enel; 10% di Eni; 35 % di poste italiane per un corrispettivo di oltre 10 miliardi di euro) che, all'atto del trasferimento consentirono una riduzione del debito pubblico di pari importo²¹.

Questo versante di attività è stato poi legislativamente incrementato: l'art. 7 d.l. n. 34/2011 ha ulteriormente esteso l'ambito di operatività della Cassa, consentendole di assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale, in termini di strategicità del settore, di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico produttivo del paese, e che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività²². Tali partecipazioni possono essere acquisite anche attraverso veicoli so-

¹⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2007, n. 550. In senso critico S. SIMIONE, *Cassa depositi e prestiti: organismo di diritto pubblico?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 160. Del resto, la Corte dei Conti, nella relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di Cassa Depositi e Prestiti per l'anno 2013, afferma: *non si tratta infatti solo di un elemento definitorio collocare o meno oggi Cassa Depositi e Prestiti nell'ambito del sistema bancario e del credito, quanto piuttosto di continuare a considerarla un organismo pubblico con le regole che il diritto dell'economia attribuisce a tali organismi. Si tratta invero di poter comprendere e forse chiarire i regimi applicabili e le relative responsabilità nei confronti di un soggetto che oggi spazia dal pubblico al privato, essendo allo stesso tempo soggetto alla vigilanza dello Stato e longa manus di molte delle sue operazioni finanziarie.*

¹⁹ In relazione a questo profilo cfr. più ampiamente G. MINERVINI, *Il nuovo azionariato dello Stato. Lineamenti delle ricapitalizzazioni precauzionali*, cit., p. 54.

²⁰ Cfr. A. DONATO, *Il ruolo di holding di Cassa Depositi e Prestiti S.p.a: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, p. 367 ss.; D. COLACCINO, *La dismissione e la razionalizzazione di partecipazioni societarie dello Stato*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2012, p. 1192.

²¹ Sulla Cassa holding di partecipazioni cfr. M. GIACHETTI FANTINI, *La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, in *Federalismi.it*, 6, 2018. La cessione delle partecipazioni, oltre a contribuire alla riduzione del debito pubblico fu anche funzionale a garantire elevati flussi di dividendi alle fondazioni bancarie che erano intervenute nel capitale.

²² Con d.m. 2 luglio 2014 è stata poi definita in maniera più puntuale la nozione di "società di rilevante interesse nazionale". Tale nozione è stata individuata in parte con riferimento a parametri sostanziali, mediante un elenco di settori di operatività considerati strategici, in parte con

cietari o fondi di investimento partecipati dalla medesima Cassa²³.

Su questa base è stato quindi costituito, nel 2011, il Fondo strategico italiano (FSI) partecipato dalla Cassa e dalla Banca d'Italia e dotato di capitale iniziale di 4,4 miliardi (mutando poi denominazione nel 2016 in CDP *Equity* Spa, attualmente veicolo di molte operazioni di acquisizione societarie, mentre parallelamente Banca d'Italia recedeva dal capitale). Sempre secondo questa logica la Cassa ha partecipato alla costituzione del Fondo Italiano di Investimento (FII) che si qualifica come fondo di fondi per investimenti nel capitale di società di piccole dimensioni, ed ha partecipato nel 2007 alla costituzione di F2i Fondi italiani per le infrastrutture SGR S.p.a., che ha per oggetto la gestione di fondi di investimento mobiliari chiusi nel settore delle infrastrutture²⁴.

Nel campo dell'energia rinnovabile interviene attraverso il Fondo Marguerite, mentre nelle infrastrutture dei paesi della sponda Sud del Mediterraneo attraverso il fondo Inframed.

Non mancano gli interventi nel settore immobiliare: in relazione alla valorizzazione degli immobili la Cassa interviene tramite il Fondo investimenti per la valorizzazione (FIV) e CDP immobiliare Srl; nel *social housing* attraverso il Fondo investimenti per l'abitare (FIA).

Nel 2012 alla Cassa sono state trasferite le altre partecipazioni azionarie detenute dallo Stato in Sace S.p.a., Simest s.p.a. e Fintecna S.p.a, per incrementarne anche il respiro internazionale²⁵.

Tra i tanti interventi della Cassa non possono infine essere trascurati quelli in materia bancaria: la Cassa partecipa infatti (con una quota di 0,5 miliardi) al fondo Atlante che ha la funzione di sostenere le banche italiane nelle operazioni di cartolarizzazione e di facilitare la gestione dei crediti in sofferenza mediante l'acquisto di crediti deteriorati ed anche (con una quota tra 200 e 250 milioni di euro) al fondo denominato *Italian Recovery Fund* attualmente coinvolto nella cartolarizzazione di crediti deteriorati di molte banche italiane.

In conseguenza di queste iniziative, si è inevitabilmente posta la questione della possibilità, per C.D.P., di partecipare alla ristrutturazione e rilancio di aziende in crisi, anche in relazione ad alcune, "storiche", crisi italiane (ILVA, Alitalia). Un intervento diretto di C.D.P. in aziende in crisi avrebbe esposto la Cassa alla possibilità di riclassificazione da parte di *Eurostat*, ad un possibile intervento di vigilanza da parte di Banca d'Italia, e anche, affatto da escludersi, ad un rischio di danno erariale.

La soluzione è stata trovata attraverso la partecipazione della Cassa, come socio di capitale, ad un veicolo societario *ad hoc*, con regole di *governance* che separassero i soci di capitale, investitori istituzionali, dalla gestione degli operatori professionali di *turnaround*.

Su queste basi l'art. 1 legge n. 33/2015 ha stabilito che il Governo promuov-

riferimento al possesso di requisiti dimensionali relativi all'entità del fatturato annuo e al numero di dipendenti, ferma restando la condizione che si tratti di società che abbiano significative prospettive di sviluppo.

²³ Sulla base dell'art. 2, comma 235, legge n. 191/2009 che ha attribuito alla Cassa la facoltà di acquisire e dismettere capitale di rischio e sottoscrivere quote di fondi di investimento per operazioni a sostegno dell'economia.

²⁴ La Cassa è azionista di F2i insieme a Intesa San Paolo, Unicredit, Fondazione Cariplo e al fondo di *private equity* Ardian. Cfr. sul tema M GIACHETTI FANTINI, *La straordinaria mutazione*, cit., p. 45.

²⁵ Cfr. A DONATO, *Il ruolo di holding della Cassa Depositi e Prestiti S.p.a: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2015, p. 77.

ve la sottoscrizione del capitale di una nuova società per azioni denominata “Società di servizio per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese”. Essa ha l’obiettivo di intraprendere iniziative per il rilancio di imprese con sede in Italia, che pur essendo interessate da “temporanei squilibri patrimoniali e finanziari” e necessitando di una “ridefinizione della struttura finanziaria o di adeguata patrimonializzazione o comunque di interventi di ristrutturazione” siano “caratterizzati da adeguate prospettive industriali e di mercato”²⁶.

Secondo la normativa possono investire in questa società non solo soggetti privati specializzati in operazioni di *turnaround* ma anche investitori istituzionali di lungo termine (enti previdenziali ed appunto la Cassa Depositi e Prestiti)²⁷. Gli investitori istituzionali di lungo termine possono chiedere di avvalersi di una garanzia apposita concessa dallo Stato e hanno poteri di *governance* ridotti (al fine di non incorrere nel divieto di aiuti di Stato si è poi stabilito che la garanzia non possa superare l’80% del capitale investito; debba essere remunerata con un corrispettivo “orientato al mercato” e sia concessa solo agli investitori soggetti alla vigilanza delle autorità di regolazione di settore). Conseguentemente, nell’anno 2015, la Cassa ha messo a disposizione un miliardo di euro per la partecipazione al capitale di tale società.

4. La terza trasformazione: la banca pubblica di promozione

Sempre nel 2015 la Commissione Europea ha approvato una Comunicazione dal titolo “*Lavorare insieme per la crescita e l’occupazione: il ruolo delle banche nazionali di promozione a sostegno del piano di investimenti per l’Europa.*” In questa comunicazione la Commissione ha individuato il ruolo e le funzioni delle banche nazionali di promozione, sia in relazione all’attuazione del “piano di investimenti per l’Europa” in coordinamento con la BEI, sia per supplire ai possibili fallimenti del mercato del credito. Ha poi individuato la *KfW* tedesca, la *Caisse des Dépôts et Consignations* francese, la Cassa Depositi e Prestiti italiana, l’*Instituto de Crédito Oficial* spagnola e la *Green Investment Bank* e la *British Business Bank* del Regno Unito, come principali banche nazionali di promozione (sulla scia di queste anche Portogallo, Irlanda, Grecia e Lettonia hanno istituito recentemente banche nazionali di promozione). L’art. 1, comma 826, legge n. 208/2015 (legge di stabilità 2016), aveva infatti riconosciuto a Cassa Depositi e Prestiti la qualifica di Istituto Nazionale di Promozione.

Per banca nazionale di promozione la Commissione intende “*un’entità giuridica che espleta attività finanziarie su base professionale, cui è stato conferito un mandato da uno Stato membro o da un’entità dello Stato membro, a livello centrale, regionale o locale, per svolgere attività di sviluppo o di promozione, conformemente all’art. 2 punto 3 del regolamento relativo al FEIS*”²⁸.

²⁶ Cfr. F. BASSANINI, *La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa depositi e prestiti*, in *Astrid Rassegna*, n. 14, 2015.

²⁷ Il capitale della società è composto da azioni di diverse classi al fine di tenere insieme investitori con profili assai differenti. Gli investitori istituzionali possono godere della garanzia dello Stato ma hanno poteri di *governance* ridotti, mentre gli operatori professionali specializzati hanno poteri decisionali in ordine alla selezione degli interventi di ristrutturazione.

²⁸ Sulla base dell’art. 2 n. 3 del regolamento (UE) n. 71017/2015 che attribuisce questa qualifica agli organismi che ricevono da uno Stato membro dell’Unione europea un mandato per

Mentre tuttavia il ruolo connesso all'attuazione dei piani di investimenti per l'Europa, in cooperazione con la BEI, è chiaramente determinabile (ed un ruolo rilevante sarà certamente svolto nel finanziamento dei progetti attraverso il c.d. *Next Generation*), meno evidente risulta il ruolo delle banche nazionali di promozione nel supplire ai "fallimenti del mercato", anche per le inevitabili ricadute sulla normativa in tema di aiuti di Stato.

Secondo la Commissione esempi tipici di fallimenti del mercato sarebbero i) il razionamento del credito e la domanda di rendimenti elevati; ii) l'insufficienza degli investimenti in settori quali la ricerca e lo sviluppo le infrastrutture, l'istruzione e i progetti ambientali; iii) l'insufficiente offerta di servizi finanziari dovuta alla concentrazione di mercato in esito a fusioni, uscite dai concorrenti o altri ostacoli alla concorrenza effettiva.

Ora, mentre in relazione al punto ii) non è difficile cogliere la coerenza tra le funzioni già svolte da istituzioni quali la C.D.P. in Italia, trattandosi di finanziamenti che da un lato hanno un evidente fine generale e dall'altro lato sono normalmente a lungo termine e, spesso, non ad elevata redditività, più difficile è invece trovare un razionale ai punti primo e terzo.

Il "razionamento" del credito che normalmente si verifica nelle fasi di contrazione economica, è un effetto dell'aumento del rischio, così come la domanda di rendimenti più elevati. Non è necessariamente un fallimento del mercato, quanto invece una conseguenza logica di una crisi economica. Difficile pensare di trasferire questi rischi ad una entità pubblica, che tra l'altro utilizza risparmio privato postale – cioè il risparmio con minor propensione al rischio – in supplenza di un mercato che non accetta più di assumersi quei rischi perché troppo elevati rispetto alla remunerazione offerta²⁹. Inoltre potrebbe apparire contrario ai principi in tema di aiuti di Stato l'intervento da parte di un soggetto pubblico laddove un soggetto privato non ritiene di dover intervenire se non ad un costo superiore³⁰.

È poi da ricordare che, comunque, le banche nazionali di promozione debbono operare con una redditività sufficiente, sia pure inferiore al costo del capitale proprio degli operatori privati, e mantenere la necessaria solidità finanziaria, senza apporti di capitale da parte del Governo. Gli utili dovrebbero essere trattenuti per rafforzare la capacità di prestito.

Anche il punto iii) può indurre qualche perplessità. Quei profili sono infatti verificati dalle autorità di regolazione del mercato, sia a livello interno che europeo, che hanno la precisa finalità di evitare che si verifichino fallimenti del

svolgere attività di sviluppo e promozione. Cfr. M COLOMBO-S. SCREPANTI, *Il ruolo di CDP come Istituto nazionale di promozione. Fondi SIAE e risorse del piano Juncker: potenzialità e sinergie anche per gli investimenti locali*, in IFEL Fondazioni ANCI, *Istituto per la Finanza e l'economia locale, Strumenti finanziari per gli investimenti pubblici nella politica di coesione 2014-2020*, Roma, 2016.

²⁹ Del resto la comunicazione della Commissione sopracitata pone una serie di vincoli per l'esercizio di funzioni "bancarie" in presenza di fallimenti del mercato: "per evitare distorsioni del mercato, dovrebbe essere giustificata la necessità dell'intervento delle banche nazionali di promozione di recente istituzione, o. di nuove aree di intervento o di nuovi strumenti finanziari con l'ausilio di una valutazione ex ante indipendente del fallimento del mercato che la banca nazionale di promozione è chiamata a risolvere, della sua efficienza ed efficacia relative, dell'interazione di mercato tra i canali di finanziamento esistenti (aia pubblici che privati) e degli strumenti finanziari che devono essere adottati dalla banca nazionale di promozione. Particolare attenzione dovrebbe essere prestata anche alla necessità di razionalizzare le attività, evitando sovrapposizioni con fonti di finanziamento alternative e gestendo interfacce con i regimi di sostegno esistenti".

³⁰ Non a caso, del resto, l'intero paragrafo 2.3 della Comunicazione, del resto, è dedicato alla compatibilità con le norme sugli aiuti di Stato.

mercato. È anche in questo caso difficile pensare che entità con funzioni pubbliche, come la Cassa italiana o la omologa francese o tedesca, possano occuparsi di mercati al dettaglio nell'ambito dell'ampissima gamma dei servizi finanziari, mercati ormai ad elevata specializzazione.

Più chiaro, come si diceva, il ruolo delle banche nazionali di promozione nella cooperazione per la gestione dei fondi europei anche attraverso la BEI. In particolare, la Commissione valorizza le c.d. piattaforme di investimento, che sono accordi di cofinanziamento o di condivisione dei rischi basati su contratti attraverso i quali vengono finanziati progetti di investimento. A dire della Commissione "potendo contare sul ruolo di investitori di ancoraggio svolto dalle istituzioni pubbliche e su una gestione indipendente, le piattaforme di investimento sono potenzialmente in grado di esercitare su vasta scala un'attrattiva sulle risorse degli investitori istituzionali ed eventualmente dei fondi sovrani. Ove necessario può essere fornito un supporto di credito del FEIS, al fine di favorire l'ingresso di coinvestitori privati attenuando gli specifici rischi di progetto o di portafoglio".

Assai spesso, inoltre, la Commissione dà esecuzione ai fondi del bilancio della UE attraverso strumenti finanziari, in coordinamento con l'erogazione di prestiti da parte delle banche di promozione. In particolare, secondo il quadro finanziario pluriennale 2014-2020 gli istituti di promozione possono integrare le amministrazioni nazionali e regionali nell'assegnazione dei fondi strutturali e di investimento europei (fondi SIE) anche attraverso strumenti finanziari di condivisione del rischio (garanzie, partecipazioni azionarie e finanziamenti mezzanini).

Infine, sulla base del regolamento (UE) n. 966/2012 del 25 ottobre 2012 (che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione), le banche nazionali di promozione possono assumere la funzione di entità delegata (come la BEI o il FEI) per gli strumenti finanziari dell'UE a gestione centralizzata. Evidentemente questa possibilità diventerà particolarmente rilevante nell'attuazione, dal 2021 del nuovo piano *Next Generation* (o *Recovery Fund* come nel linguaggio corrente è normalmente chiamato).

5. La quarta trasformazione: la gestione del *turnaround* delle imprese

A seguito della crisi da Covid 19 e nell'ambito della previsione di una serie di strumenti per rafforzare il patrimonio e la liquidità delle imprese, vi sono stati vari interventi che hanno inciso sulle modalità operative della Cassa.

In primo luogo, con le misure per assicurare la liquidità alle imprese di medie e grandi proporzioni, con sede in Italia, nel decreto-legge n. 23 dell'8 aprile 2020, sono assicurate da SACE (controllata ora direttamente dalla Cassa) attraverso il rilascio di garanzie, in favore di banche e di altre istituzioni finanziarie. Sulle obbligazioni assunte da SACE è accordata la garanzia dello Stato a prima richiesta e senza regresso, estesa al rimborso del capitale, degli interessi, e di ogni altro onere accessorio al netto delle commissioni³¹. La mede-

³¹ La legge n. 135/2012 aveva previsto un diritto di opzione in capo alla Cassa per l'acquisito delle partecipazioni detenute dallo Stato in Sace s.p.a., Simest S.p.a. e Fintecna S.p.a. I corrispettivi della cessione dovevano essere versati al bilancio dello Stato per essere riassegnati al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato o destinati al pagamento dei debiti dello Stato.

sima SACE esercita per conto del Ministero dell'economia e delle finanze le attività successive relative all'escussione della garanzia e al recupero dei crediti (che possono anche essere delegate a banche o ad altre istituzioni creditizie)³². Le misure di concessione sono previste dalla legge sino al 31 dicembre 2020; tuttavia la normativa ha ridelineato un nuovo e differente *status* giuridico per SACE destinato a durare stabilmente ben oltre la data –teoricamente– fissata per il rilascio delle garanzie, e che lascia prefigurare per SACE e per Cassa depositi e prestiti un ruolo strategico – ancora da definire – per la fase successiva alla concessione delle garanzie.

Da un punto di vista organizzativo, il decreto legge n. 23 dell'8 aprile 2020 ha rimodellato il sistema dei riporti di SACE, delineando, ancora una volta, una società per azioni atipica.

Come noto SACE, ente pubblico economico, fu trasformata in società per azioni nel 2004, con una privatizzazione “fredda” a seguito della quale il 100% delle azioni furono attribuite al Ministero delle Economia e delle Finanze (MEF). Successivamente, nel 2012, fu acquisita da Cassa Depositi e Prestiti nell'ambito di un piano di ristrutturazione delle partecipazioni del MEF. Nel 2016 C.D.P. vi conferì SIMEST, attribuendogli pertanto una forte connotazione nel supporto all'internazionalizzazione delle imprese italiane.

Con il decreto in questione non cambia la veste societaria di SACE, ma cambiano invece radicalmente i riporti, attraverso la previsione di poteri diretti di direzione e coordinamento del MEF e del Ministero degli Esteri. È stata così creata una rete complessa di consultazioni preventive tra i vari ministeri che in vari casi si sostituiscono ai poteri dell'azionista di controllo (Cassa depositi e prestiti CDP).

Secondo l'art. 3, comma 2, lett. c) del decreto, SACE, infatti, non è più soggetta all'attività di direzione e coordinamento di C.D.P (che tuttavia continua a controllarla al 100%). Il sistema di direzione e coordinamento è infatti sostanzialmente trasferito al MEF e al Ministero degli Esteri attraverso un complesso sistema di consultazioni preventive e di “concerti” tra i vari ministeri che ricordano molto i tempi – non brillanti invero – dell'IRI degli anni '70. Tali strumenti di consultazione, tentano evidentemente di risolvere un conflitto, tutto politico, tra MEF e Ministero degli Esteri sul controllo della medesima SACE.

Secondo la nuova normativa SACE deve consultare preventivamente il MEF in ordine a “*decisioni aziendali rilevanti*”, con particolare riferimento alle misure di rilancio degli investimenti e all'assunzione di impegni e recupero crediti. Tale consultazione si estende, quando si entri nel campo della internazionalizzazione delle imprese, anche al Ministero degli Esteri. Inoltre, il piano annuale di attività di SACE deve tener conto delle linee guida di indirizzo strategico in materia di promozione e internazionalizzazione delle imprese assunte dalla cabina di regia co-presieduta dal Ministero degli affari esteri e dal Ministero dello sviluppo economico.

Questo modello, tuttavia, tende a confondere tra indirizzo e gestione, dato

Nondimeno gli effetti della cessione non si ripercuotono solo sulla finanza pubblica ma mirano a rafforzare la capacità della Cassa di offrire supporto alle imprese, specialmente nel campo della internazionalizzazione. Per queste considerazioni M. GIACHETTI FANTINI, *La straordinaria mutazione*, cit., p. 44. Sul tema della razionalizzazione delle partecipazioni dello Stato D. COLACCINO, *La dismissione e razionalizzazione di partecipazioni azionarie dello Stato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 1192.

³² Con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze possono essere impartite a SACE S.p.a. indirizzi sulla gestione dell'attività di rilascio delle garanzie e sulla verifica, al fine dell'escussione della garanzia dello Stato, del rispetto dei suddetti indirizzi.

che la consultazione con il MEF deve avvenire a fronte di singole decisioni aziendali e non solo rispetto ai piani annuali di SACE. Trattandosi di decisioni su investimenti o su recupero di crediti, viene il sospetto che la politica voglia influire direttamente sulle singole scelte di salvataggio o di recupero e non solamente sugli obiettivi strategici generali.

Rispetto al suo controllore diretto, C.D.P., SACE “concorda” le strategie industriali e commerciali, mentre C.D.P., a sua volta, “concorda” con il MEF “sentito” il Ministero degli Esteri l’esercizio di voto derivanti dalla partecipazione in SACE. Per le nomine in SACE occorre invece il “concerto” tra MEF e Ministero degli Esteri, mentre ancora C.D.P. deve consultare preventivamente il MEF in merito a operazioni di gestione della partecipazione in SACE.

Per quanto le norme utilizzino varie espressioni, come “consultazione” “tenere conto”, “concorda” “sentito” (dunque atti giuridicamente non vincolanti) risulta però chiaramente la volontà, da parte dei due ministeri MEF e Esteri di eterodirigere le scelte aziendali di SACE, anche tramite consultazioni preventive con C.D.P. che costituisce l’azionista di controllo. Per le nomine nel consiglio di amministrazione di SACE è attribuito addirittura “il concerto” tra i due ministeri, ad indicare il difficile equilibrio politico che si è voluto raggiungere in una attività che da sempre la politica ha considerato come la più importante.

In secondo luogo, con il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, è stato costituito il c.d. “Patrimonio Destinato”, previsto dall’art. 27 e costituito presso Cassa Depositi e Prestiti. Si tratta sostanzialmente di un fondo ad apporto: ad esso infatti sono apportati beni e rapporti giuridici, anche in blocco, dal Ministero dell’economia e delle finanze, identificati dall’Assemblea di C.D.P. e trasferiti con decreto del medesimo ministero, oltre a 44 miliardi di euro di titoli di Stato appositamente emessi³³. Il patrimonio può essere articolato in comparti evidentemente a seconda della tipologia dei beni apportati. Si può ritenere, ad esempio, che possano essere apportati immobili, quote di società, crediti ecc.³⁴ e che sul valore di essi possa poi essere fatta leva per nuova finanza. Inoltre, per il finanziamento della attività del Patrimonio Destinato è consentita, anche in deroga all’art. 2412 c.c., l’emissione di titoli obbligazionari o altri strumenti finanziari di debito.

Il Patrimonio Destinato è un patrimonio separato rispetto al patrimonio di C.D.P. e risponde delle obbligazioni assunte nei limiti dei beni e dei rapporti giuridici allo stesso apportati. Sulle obbligazioni assunte, tuttavia, in caso di incapienza del Patrimonio è concessa la garanzia di ultima istanza dello Stato, così come può essere concessa la garanzia dello Stato a favore dei portatori dei titoli emessi per il finanziamento del patrimonio destinato (nel limite massimo di 20 miliardi).

A fronte degli apporti sono emessi da C.D.P., a valere sul patrimonio destinato ed a favore del Ministero dell’economia e delle finanze, strumenti finanziari di partecipazione la cui remunerazione è condizionata all’andamento economico del Patrimonio Destinato.

L’art. 27, comma 4, prevede che *“le risorse del Patrimonio Destinato sono*

³³ Tali titoli, tuttavia, non concorrono a formare il limite delle emissioni nette per l’anno 2020 stabilito dalla legge di bilancio e dalle successive modifiche. Sulla natura, le caratteristiche e i problemi del fondo Patrimonio Destinato cfr. ora approfonditamente G. MINERVINI, *Il nuovo azionariato di Stato. Lineamenti delle ricapitalizzazioni emergenziali*, cit., p. 56 ss.

³⁴ L’art. 27, comma 2, prevede infatti che *“in caso di rapporti giuridici diversi dai titoli di Stato, i relativi valori di apporto e di iscrizione nella contabilità del Patrimonio Destinato sono determinati sulla scorta della relazione giurata di stima prodotta da uno o più soggetti di adeguata esperienza e qualificazione professionale”*.

impiegate per il sostegno e il rilancio del sistema economico produttivo italiano". Gli interventi del fondo hanno per oggetto società per azioni, anche quotate, con sede legale in Italia che non operano nel settore bancario, finanziario e assicurativo, con fatturato annuo superiore a cinquanta milioni. Il fondo può operare sia a condizioni di mercato, sia in deroga alla normativa sugli aiuti di Stato, alle condizioni previste dal quadro normativo dell'Unione Europea sugli aiuti di Stato per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid 19. Opera normalmente attraverso la sottoscrizione di prestiti obbligazionari convertibili, la partecipazione ad aumenti di capitale, l'acquisito di azioni sul mercato secondario in caso di operazioni strategiche. È rilevante che possono essere effettuati interventi relativi a operazioni di ristrutturazione di società che, nonostante temporanei squilibri patrimoniali o finanziari, siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività.

I requisiti di accesso, le condizioni, i criteri e le modalità di intervento sono definite con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze sentito il Ministro dello sviluppo economico. Il regolamento del patrimonio destinato è adottato da C.D.P. ma approvato dal Ministro dell'economia e delle finanze. Evidentemente questa normativa, sinteticamente descritta, pone una serie di problemi preliminari circa il "mandato" assegnato a C.D.P. che qui non possono essere affrontati: è certo che la Cassa non determina in modo autonomo e indipendente la propria attività imprenditoriale, ma viene investita *ex lege* di una funzione di interesse generale³⁵; vi sono evidenti profili di contraddittorietà con la ratio del Testo Unico Partecipate³⁶; vi è tutta una serie complessa di problemi in materia concorrenziale e di aiuti di Stato³⁷.

La legge, infine, non prevede neppure se il patrimonio separato debba essere ricondotto alla gestione separata o a quella ordinaria, anche se la presenza della garanzia dello Stato, la natura pubblica della provvista, il regime di esenzione fiscale, il particolare rilievo dei poteri del MEF lasciano pensare che si tratta di gestione separata³⁸.

Indipendentemente da questi profili, v'è però chiaramente una discrepanza tra le funzioni del fondo che può intervenire anche in società caratterizzate da "temporanei squilibri patrimoniali e finanziari" e la disposizione dello Statuto che limita l'intervento della Cassa alle società "di rilevante interesse nazionale che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico"³⁹.

³⁵ Così espressamente V. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 57.

³⁶ Che prevede "di eliminare dall'ambito delle società partecipate l'attività di impresa tout court. In particolare l'art. 4, comma 1, prevede che *"le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività"* poi indicate. Evidentemente non vi sono problemi di fonti, trattandosi entrambe di fonti di livello primario, ed essendo certamente consentito derogare, attraverso una fonte primaria ad altra fonte primaria, sia pure espressa in un Testo Unico. Permane nondimeno una certa contraddittorietà sostanziale.

³⁷ Anche per questi profili si rinvia all'approfondita disamina di V. MINERVINI sul punto, cfr. *op. ult. cit.*, p. 73 ss.

³⁸ Così anche V. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 61.

³⁹ Si tratta infatti di partecipazioni dirette e non indirette. Ancora una volta da un punto di vista del sistema delle fonti non si tratta di un intervento illegittimo, potendo sempre la legge modificare le norme previgenti; è evidente però che la previsione in questione, che escludeva espressamente l'intervento in società caratterizzate da equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico non stabile, aveva una *ratio* derivante da un lungo percorso storico. È anche il caso di ricordare che la Corte dei Conti, a proposito degli interventi di CDP con il Fondo nazionale di risoluzione per Banca

Vero è d'altra parte che il patrimonio separato garantisce da rischi il risparmio postale, che il patrimonio deriva da conferimenti dello Stato, ma, ancora al di là delle questioni tecniche, da un punto di vista sostanziale non si sfugge all'impressione di una ulteriore mutazione della funzione della Cassa, progressivamente sempre più orientata alla partecipazione ad operazioni di salvataggio (a partire dalle cordate di garanzia a salvataggio di istituti bancari nel 2015 con il Fondo nazionale di risoluzione e l'intervento su Banca Etruria, nel 2016 con il Fondo Atlante e l'intervento sulle banche venete).

6. Forse è opportuno scegliere

Dopo la privatizzazione delle banche che si è compiuto quasi in un ventennio la banca pubblica è praticamente scomparsa (rimane il caso del Medio-credito centrale posseduto dallo Stato italiano attraverso Invitalia e il caso di Banca Monte dei Paschi che però è conseguenza di una ricapitalizzazione precauzionale con obblighi di uscita da parte dello Stato).

Mentre questo avveniva, e prima della crisi del 2020, i mercati finanziari divenivano sempre più interconnessi e competitivi, la vigilanza, spostata a Francoforte, irrigidiva progressivamente i requisiti patrimoniali producendo da una parte un irrobustimento del sistema bancario, ma dall'altra parte anche un elevato *deleveraging* per quei sistemi strutturalmente più deboli e bancocentrici (come l'Italia). Il rischio "paese", connesso sia all'elevato debito pubblico sia ad un sistema bancario ancora strutturalmente più debole rispetto ad altri paesi della zona euro, ha prodotto mediamente un costo del denaro più alto e dunque tassi di interesse più elevati e pertanto una maggiore difficoltà a realizzare investimenti da parte del settore privato.

Dagli anni 90 in poi, inoltre, sia per la necessità –sostanziale– di non ampliare eccessivamente lo *stock* di debito pubblico, sia per la introduzione – successiva – di vincoli formali all'indebitamento si assiste ad una caduta parallela degli investimenti pubblici (dal 3,6% del PIL nel 1983-1985 al 2,2% nel 1993-95 e da allora rimangono sotto la media europea). Questo in un contesto nel quale l'Italia è entrata nel XXI secolo con un deficit di oltre 10 punti percentuali rispetto alla media europea per reti ferroviarie, infrastrutture aeroportuali, impianti e reti energetiche ambientali⁴⁰.

Il *Global competitiveness report* del 2012-13 collocava l'Italia al ventottesimo posto nella graduatoria mondiale del pilastro "qualità delle infrastrutture" in coda ai paesi del resto dell'Eurozona con Germania e Francia al terzo e quarto posto. Tale rilevante *gap* infrastrutturale – è però opportuno ricordarlo – non è conseguenza solo di una riduzione della spesa per investimenti, ma anche in grande parte della esistenza di "un serio problema di inefficienza nell'uso delle risorse finanziarie disponibili che si aggiunge alla crescente scarsità di risorse pubbliche"⁴¹.

In un contesto di questo genere, nel quale la domanda di investimenti a

Etruria (nel 2015) e poi nel 2016 in relazione al Fondo Atlante per gli interventi in Banca Popolare di Vicenza, Veneto Banca, sostenne che tali operazioni "*destano perplessità soprattutto sulla compatibilità statutaria e sulla pertinenza degli impieghi delle risorse di CDP per tali finalità*".

⁴⁰ Cfr. i dati esposti da S. BATTELOSSI, *La Nuova Cassa depositi e prestiti*, in M. De Cecco-G. Toniolo (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti*, cit., p. 74.

⁴¹ Cfr. S. BATTELOSSI, *op. ult. cit.*, p. 76.

medio e lungo termine a tassi relativamente bassi è molto elevata, e per i paesi molto indebitati vi sono vincoli di bilancio che non sono superabili, un ente come la Cassa, fuori del perimetro di consolidamento del debito pubblico, ma in grado di trasformare scadenze a breve in finanziamenti a medio e lungo termine, ha certamente uno spazio importante anche in ragione dell'entità del risparmio postale che è progressivamente in crescita (si stima nel 2020 circa 334 miliardi di euro). In particolare, il finanziamento di progetti con ricadute di interesse pubblico, e con orizzonte temporale medio-lungo sembra essere la missione naturale, di un ente come la C.D.P.⁴².

Né, in relazione a tale profilo, può essere trascurata la natura dell'ente come banca nazionale di promozione sulla base delle definizioni europee. La ragione d'essere della banca nazionale di promozione non è infatti quella di competere nel settore del credito, quanto, ed al contrario, quella di intervenire laddove il mercato del credito fallisce. E non v'è dubbio che l'area degli investimenti di natura infrastrutturale, ambientale, energetico, di ricerca a lungo termine, costituisce tipicamente un mercato poco appetibile per gli istituti di credito, conseguentemente anche poco concorrenziale e dunque anche scarsamente efficiente. In questo mercato la C.D.P., anche come Banca nazionale di promozione, può svolgere un ruolo assai significativo.

La possibilità poi, di partecipare con altre istituzioni europee, ed in particolare con la BEI, all'attuazione di progetti che presentano una quota importante di finanziamento a carico del bilancio dell'UE, apre prospettive di enorme rilievo per la C.D.P. negli anni a venire, con le risorse che verranno mobilitate attraverso il piano *Next Generation*, dedicato appunto a grandi progetti infrastrutturali ambientali, tecnologici, energetici ecc.

Diverso invece appare il razionale della crescente attribuzione di funzioni in ambiti di interventi sul capitale, gestione delle partecipazioni, operazioni di *turn-around*.

Le funzioni di holding di partecipazioni, in verità e come si è descritto, sono state attribuite alla Cassa principalmente per ragioni connesse alla riduzione del debito pubblico, ma non per ragioni di coerenza gestionale. La attribuzione delle partecipazioni degli ex enti pubblici economici di proprietà dello Stato (ENI, ENEL Poste) alla C.D.P. è stato, nella sostanza, un *escamotage* contabile che ha permesso di deconsolidare le partecipazioni pur mantenendone nella sostanza il controllo. Tanto è vero che i diritti dell'azionista vengono svolte dallo Stato, sia pure attraverso la C.D.P.

Anche le – più recenti – funzioni nell'ambito di società o di fondi di *turn-around* per intervenire in imprese in “transitorie” situazioni disequilibrio economico non sembrano coerenti con la missione originaria della Cassa né con la missione di Banca nazionale di promozione.

Anche in questo caso, tuttavia, distinguere è opportuno, perché una cosa è partecipare come investitore di capitale ad una società o fondo che opera nel *turnaround* (modello della legge n. 33/2015 che ha costituito la “società di servizio per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese” al cui capitale ha partecipato la C.D.P. con un miliardo di euro), altra cosa è gestire un fondo ad apporto come il “patrimonio destinato” previsto con il d.l. 19 maggio

⁴² È invece discutibile l'intervento della Cassa in operazioni di “ripubblicizzazione” di asset precedentemente privatizzati, per ragioni estranee al finanziamento di progetti con ricadute di interesse pubblico. È il caso, ad esempio, della lunga e contorta vicenda di ASPI, collegata alla distruzione del Ponte Morandi e a ritenute esigenze di ripubblicizzazione – prevalentemente sanzionatoria – del comparto autostrade.

2020, n. 34. Nel primo caso la funzione della Cassa è soprattutto quella, attraverso la partecipazione di una quota di capitale, di attrarre anche la partecipazione di investitori privati che operano nel *turnaround*, mentre nel secondo caso il patrimonio è solo dello Stato e la gestione sarà presumibilmente condivisa (quando verrà approvato il regolamento del fondo) tra Stato e Cassa⁴³. Nessuno dei due soggetti, però, ha competenze specifiche in questa tipologia di operazioni, se non altro perché alla Cassa tali operazioni erano espressamente vietate da norme legislative e statutarie.

Non è tanto un tema di rischio – sostanzialmente sterilizzato attraverso l'istituto del patrimonio separato – quando proprio di *know how*, di esperienza specifica, e anche di coerenza con la missione che la legge ha attribuito all'ente in base alle sue caratteristiche e alla sua storia. Sarà inoltre molto difficile individuare criteri oggettivi per selezionare le aziende che potranno beneficiare dell'intervento della Cassa rispetto ad altre che non ne beneficeranno (anche a voler prescindere dalla questione, assai problematica del necessario ricorso a procedure pubblicistiche)⁴⁴; sarà molto difficile fare una politica industriale attraverso atti puntuali di ristrutturazione invece che attraverso atti generali di incentivo e disincentivo; sarà invece molto facile attrarre la Cassa – sino ad ora, nonostante il ruolo di stretto confine con lo Stato e la politica – abbastanza esente da critiche politiche, nel gioco delle relazioni politiche; e sarà del pari assai facile che le stesse imprese si avvicinino alla politica per poter godere dei benefici dell'appoggio statale. Tutto ciò rischia non solo di distorcere il mercato ma di ricreare, progressivamente, un "capitalismo politico" che l'Italia stava abbandonando.

La natura della Cassa di banca nazionale di promozione, al pari delle sue simili francese e tedesca, apre invece grandi orizzonti in settori nei quali la Cassa ha dato da sempre dimostrazioni di efficienza e di capacità selettiva. Evidentemente, fino a quando si trattava di compartecipare alla gestione dei fondi del FEIS attraverso la costituzione di piattaforme di investimento, il ruolo per un ente che gestisce, solo di risparmio postale, oltre trecento miliardi di euro, poteva sembrare marginale. Diverso appare il futuro: il programma *Next Generation*, indipendentemente dalla cifra finale che verrà stanziata per l'Italia, costituirà l'asse portante degli investimenti pubblici e privati dei prossimi anni. Non è difficile immaginare un ruolo rilevante per la Cassa, in cooperazione con la BEI e con le istituzioni comunitarie. Si tratterebbe, alla fine, di un ritorno alla originaria missione ma con mezzi ed obiettivi incomparabilmente superiori.

⁴³ Infatti, nella società per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese le azioni sono distinte in classi diverse e gli investitori istituzionali non hanno poteri di *governance*, che invece spettano agli operatori professionali.

⁴⁴ Molto difficile appare individuare i criteri di selezione, a partire dal problema se dovranno seguirsi le regole del procedimento amministrativo – come parrebbe data la natura giuridica di organismo di diritto pubblico ed anche per le risorse pubbliche utilizzate – o procedure privatistiche. Se però, come sembra inevitabile, le procedure dovranno essere di natura pubblicistica, si apre una ulteriore serie di complessità che rischiano di rendere molto difficile l'operato del fondo.

Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal *Temporary Framework* al *Recovery Plan* nel “comune interesse europeo”

State aid...or aid between States? From the Temporary Framework to the Recovery Plan in the “common European interest”

di **Cristina Schepisi***

ABSTRACT

Oggetto del presente lavoro è in primo luogo l'analisi del contenuto e degli effetti prodotti dal *Temporary Framework* adottato dalla Commissione europea, in materia di aiuti di Stato, per far fronte all'emergenza economica causata dalla pandemia da Covid-19. L'allentamento del rigore normalmente adoperato dalla Commissione nel controllo del rispetto di tale disciplina da parte degli Stati membri è pienamente giustificato al fine di compensare i danni sofferti dalle imprese a causa di un “evento eccezionale” (art. 107 TFUE) e allo scopo di porre rimedio a un grave turbamento dell'economia degli Stati membri (art. 107 par. 3 TFUE). Il rischio è tuttavia la frammentazione del mercato interno, causato non solo dalla disparità di risorse finanziarie tra gli Stati membri ma anche da deroghe alle regole a tutela del mercato interno che non siano limitate a quanto strettamente indispensabile e circoscritte nel tempo. L'importanza della disciplina degli aiuti di Stato – quale “cornice di garanzia” per le imprese e per gli Stati membri, è del resto testimoniata dalle indicazioni che circondano l'attuazione del *Recovery Plan*. Neppure l'ingente quantità di risorse finanziarie di cui beneficeranno gli Stati membri può costituire un rimedio sufficiente per la ripresa economica del mercato europeo, se tali risorse non saranno infatti gestite nel rispetto rigoroso delle regole del mercato interno (in primis quelle degli aiuti di Stato), per il perseguimento di obiettivi comuni (in particolare la transizione verde e digitale), i quali possono essere raggiunti proprio – e anche – facendo leva su una buona politica sugli aiuti di Stato come testimoniato dalle numerose linee guida pubblicate dalla Commissione per aiutare gli Stati membri a predisporre i propri PNRR, e dalla revisione delle linee guida sugli importanti progetti di comune interesse europeo (art. 107 par. 3, lett. b).

Parole Chiave: Aiuti di Stato – Commissione – Pandemia da Covid-19 – *Temporary Framework* – *Recovery Plan*

The aim of the present paper is mainly to analyse the object and the effects produced by the Temporary Framework, adopted by the European Commission, in the

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli “Parthenope”.

field of State aid, in order to react to the economic crisis produced by the Covid-19 outbreak. The loosening of the strict control usually adopted by the EU Commission with respect to the obligations laid down in the art. 107 and 108 TFEU concerning State aid, is fully justified by the need to compensate the damages suffered by the undertakings due to the “exceptional occurrences” (art. 107 par. 2, lett. a) and “to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State” (art. 107, par. 3, lett. b). On the other hand, a serious risk could be represented by a fragmentation of the internal market, due not only to different financial resources of the Member States, but also to the introduction and resort of exceptions to the application of Treaty rules protecting the internal market, if they are not strictly necessary or limited in time.

Not even the exceptional amount of financial resources, provided for under the Recovery Plan, may represent an adequate help for the economic recovery of the European market, if such resources will not be managed by EU and Member States with a strict respect of the Treaty rules of the internal market (first of all those governing State aid), in order to reach common aims (as the green and the digital transition). These aims can be achieved just (and also) through a good policy of State aid, as it is shown for instance by the several guidelines adopted by the Commission to help Member States in the drafting and implementation of the respective PNRR, or by the renewed attention to the “Important projects of Common European Interest” (art. 107 par. 3, lett. b).

Key Words: State aid – Commission – Covid-19 outbreak – Temporary Framework – Recovery Plan

SOMMARIO: 1. La crisi sanitaria ed economica e l'intervento della Commissione europea. – 2. Le misure indicate nel *Temporary Framework*. – 3. L'intervento *ex post*: la compensazione dei danni subiti gli aiuti ex art. 107 par. 2, lett. b) in ragione dell'“eccezionalità dell'evento”. – 4. L'allentamento dei requisiti per la valutazione di compatibilità. Gli interventi ex art. 107 par. 3 lett b) e c). – 5. Gli ulteriori effetti del *Temporary Framework* oltre il suo stesso ambito: i) l'estensione dell'efficacia temporale e delle ipotesi di compatibilità. – 6. *Segue*. ii) il cumulo delle misure di aiuti e il raccordo con altri principi. – 7. Disapplicazione del divieto di aiuti di Stato? – 8. I limiti del Framework: la scarsità delle risorse statali e il rischio di frammentazione del mercato interno. – 9. Gli scenari: il *Recovery Plan* nell'ambito del *Next generation EU* ... se l'interesse è davvero comune. – 10. *Recovery Plan*, aiuti di Stato, interesse comune e solidarietà. – 11. *Recovery Plan* e aiuti di Stato: obiettivi strategici comuni e progetti di comune interesse europeo. – 12. Conclusioni.

1. La crisi sanitaria ed economica e l'intervento della Commissione europea

La grave crisi economica che l'emergenza sanitaria ha innestato è sotto gli occhi di tutti. Si tratta di una situazione senza precedenti perché, da un lato, colpisce simmetricamente tutti gli Stati europei – seppur con diversa intensità – e, dall'altro, investe trasversalmente (tranne poche eccezioni) tutti i settori produttivi, rimasti fermi a causa del *lock down* o comunque in sofferenza a causa delle limitazioni più o meno stringenti imposte similmente da parte tutti i governi nazionali¹.

Le risposte per fronteggiare una crisi di tali dimensioni devono essere date

¹ Come sottolineato dalla Commissione si è, da un lato, prodotto «uno shock dell'offerta dovuto alla perturbazione delle catene di approvvigionamento» e, dall'altro «uno shock della domanda determinato da una minore domanda da parte dei consumatori, l'effetto negativo dell'incertezza sui piani di investimento e l'impatto dei problemi di liquidità per le imprese».

sia a livello nazionale che europeo. La posta è ovviamente alta: oltre alla sopravvivenza delle singole economie dei Paesi membri, è in gioco la tenuta del mercato europeo e quindi della stessa Unione europea.

La Comunicazione “*Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak*” – adottata il 13 marzo 2020² – è stato il primo, generale documento con il quale la Commissione ha individuato le principali linee di azione per una risposta “coordinata” a livello europeo. La prima è ovviamente quella di «contribuire a salvare vite umane, garantire i fondi e gli investimenti necessari per le forniture da utilizzare nel contenimento e trattamento della pandemia»; le altre due sono di natura economica, dirette dunque a tamponare l’impatto della crisi sanitaria sull’economia e consistono nel «garantire che i lavoratori in Europa siano protetti contro le perdite di reddito e che le imprese (in particolare le PMI) e i settori più colpiti beneficino del sostegno e della liquidità finanziaria necessari» nonché nel «ridurre le ripercussioni sull’economia nel suo complesso impiegando tutti gli strumenti a disposizione dell’UE e utilizzando pienamente un quadro flessibile dell’UE per favorire le azioni degli Stati membri». Le azioni si sono via moltiplicate nel tempo toccando diversi ambiti e settori³.

In tale cornice si inquadra anche la Comunicazione adottata il 19 marzo 2020, “*Temporary Framework on State Aid*”⁴(TF) – con la quale la Commissione ha annunciato, in ragione dell’eccezionalità e gravità degli eventi, di rendere temporaneamente più “morbida” la valutazione della compatibilità degli aiuti ed ha indicato una serie di misure che gli Stati possono immediatamente adottare. Il TF è stato poi integrato da cinque successive comunicazioni (3 aprile⁵ e 13 maggio⁶, 29 giugno⁷, 23 ottobre⁸ e 28 gennaio 2021⁹).

² Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup, “*Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak*”, C(2020) 112 final, in G.U. n. C 91, del 20 marzo 2020, p. 1.

³ Per una sintesi delle iniziative adottate dalle istituzioni europee all’indomani dello scoppio della pandemia da Covid-19, si rinvia in dottrina, *ex multis*, a F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell’Unione Europea e Governance Economica Europea*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 373 ss; C. Amalfitano-M. Condinanzi (a cura di), *Paura dell’Europa. Spunti di razionalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2020; J. ZILLER, *Europa, Coronavirus e Italia*, in *Federalismi.it*; Osservatorio Emergenza Covid-19, 24 marzo 2020; L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all’emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2020; G. DI FEDERICO, *Stuck in the middle with you ... wondering what it is I should do. Some considerations on EU’s response to Covid-19*, in *Eurojus*, 2020, p. 60 ss; F. MUNARI-L. CALZOLARI, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall’ennesimo travaglio di un’Unione incompiuta*, in *L’emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell’Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, *Eurojus*, numero speciale, 2020, p. 15 ss.

⁴ Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19, C(2020) 1863 final, in G.U. n. C 91, del 20 marzo 2020, p. 1.

⁵ Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19, C(2020) 2215 final, in G.U., C 112, del 4 aprile 2020, p. 1.

⁶ Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19, C(2020), in G.U. n. C 164, del 13 maggio 2020, p. 3.

⁷ Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza della Covid-19 (2020/C 218/03), in G.U. n. C 218, del 2 luglio 2021.

⁸ Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19 e modifica dell’allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea all’assicurazione del credito all’esportazione a breve termine (2020/C 340 I/01), in G.U. n. C 340 del 13 ottobre 2020.

Il ventaglio di opzioni individuate dalla Commissione non sostituisce gli strumenti già esistenti in materia di aiuti di Stato ma si aggiunge, ampliando notevolmente sia il numero delle misure che possono essere erogate che la loro tipologia ed intensità¹⁰.

Sulla base del *TF*, la Commissione ha, infatti, già adottato circa cinquecento decisioni positive che hanno consentito agli Stati membri di intervenire a favore di interi settori produttivi¹¹.

Si tratta come evidente di un'iniziativa senza precedenti e che è stata accolta con notevole entusiasmo¹². Il protrarsi dell'emergenza ha indotto la Commissione a spostare più di una volta il termine del periodo di riferimento del Quadro temporaneo, che è per ora previsto per il 31 dicembre 2021.

Nel frattempo le Istituzioni dell'Unione europea hanno adottato il "Regolamento sul *Recovery Plan*"¹³ che si inquadra nell'ambito del *Next Generation EU*, invitando gli Stati a presentare i propri PNRR (Piani nazionali di resilienza e recupero). Il *Recovery Plan* si avvarrà di "risorse comuni" dell'Unione europea che verranno trasferite agli Stati membri. Tuttavia, anche la gestione di tali risorse a livello nazionale dovrà tenere conto della disciplina degli aiuti di Stato.

Le questioni che dunque si pongono sono molteplici. Innanzitutto si vuole verificare in quale misura e con quali modalità la Commissione abbia allentato la disciplina sugli aiuti di Stato, qual è il rapporto tra le varie tipologie di aiuti che gli Stati possono concedere e quali sono gli eventuali ulteriori effetti prodotti dal nuovo Quadro. Ad un anno dalla sua adozione ci si chiede, in secondo luogo, quali pregi e quali limiti presenta il *TF*, e qual è il suo impatto sia nell'ambito del controllo sugli aiuti di Stato che in generale sul mercato interno. La questione è dunque quella di verificare quale sia il giusto equilibrio tra la

⁹ Quinta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine (2021/C 34/06), in *G.U.* n. C 34 del 2 febbraio 2021.

¹⁰ Non si tratta, pertanto di nuovi casi di esenzione, rimanendo fermo l'obbligo da parte degli Stati membri di notifica. Un'eventuale esenzione si sarebbe potuta disporre solo con regolamento (o con decisione) e non con una comunicazione. Il *TF* "si limita" a introdurre temporaneamente criteri più elastici ai fini della valutazione di compatibilità.

¹¹ Alla data del 31 marzo 2021.

¹² Tra i primi veloci commenti, cfr. in dottrina J.L. BUENDIA-A. DOVALO, *State Aid versus COVID-19. The Commission Adopts a TF*, in *ESTAL* n. 1/2020, p. 3 ss.; J. DERENNE-D. VALLINDAS-C. BARBU O'CONNOR, *COVID-19 Outbreak and Adjusted EU State Aid Control*, in *Antitrust Law Blog*, 23 March 2020; M. DEBROUX, *State aid & COVID-19: A swift response to a massive challenge*, in *e.Competitions, Antitrust Case Law e-Bulletin*, 16 aprile 2020; A. BIONDI, *Op-Ed: "State Aid in the Time of Covid-19"*, in *EU Law Live*, 25 marzo 2020; A. GAMBARO-P. MISSANELLI, *"Come si cambia ... per ricominciare": l'applicazione del diritto della concorrenza ai tempi del coronavirus*, in *My24*, 23 marzo 2020; *Ibidem*, S. GOBBATO, *Emergenza COVID-19. L'UE vara il nuovo Quadro di riferimento temporaneo in materia di aiuti di Stato a sostegno delle imprese*; E. LA TORRE, *COVID 19 e regole di concorrenza. Rilievi nelle risposte della Commissione ad una pandemia globale* e C. MASSA, *COVID-19 e aiuti di sostegno: il Quadro temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri europea*, entrambi in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, *Eurojus*, numero speciale, 2020, pp. 128 e 149; A. CIPRANDI, *Aiuti di Stato nell'emergenza COVID-19: la c.d. "clausola Deggendorf". Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?*, in *I Post di AISDUE*, II, Sezione "Note e commenti", *Annali AISDUE*, n. 4, 15 luglio 2020, p. 43 ss.

¹³ Regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in *G.U.* n. L 57 del 18 febbraio 2021.

necessità di un marcato intervento statale sul mercato e una ripresa economica dell'Unione europea.

Ci si domanda inoltre se un allentamento della disciplina sugli aiuti di Stato, o addirittura un "parziale congelamento" sia ineludibile anche dopo la scadenza del 31 dicembre 2021. Qual è dunque, nell'attuale contesto della crisi sanitaria ed economica, la soluzione, anche alla luce del *Next Generation EU* (e del *Recovery Plan* in particolare) che più adeguatamente garantisce la coerenza tra gli obiettivi del mercato interno (e le restrizioni normalmente imposte agli Stati dal Trattato) e la necessità di una rapida ripresa economica. E quindi, da ultimo, qual è il ruolo che la disciplina sugli aiuti di Stato potrà assumere nel contesto del *Recovery Plan* e se il mantenimento del controllo sugli interventi statali possa costituire un ostacolo o, al contrario, sia funzionale all'attuazione dello stesso *Recovery Plan*.

2. Le misure indicate nel *Temporary Framework*

Fermo restando che misure applicabili a tutte le imprese – quali integrazioni salariali, sospensione del pagamento delle imposte o dei contributi previdenziali o rimborsi per servizi cancellati – non sono selettive e dunque non hanno necessità di alcuna autorizzazione, la Commissione ricorda che gli Stati membri, per far fronte all'emergenza economica, possono innanzitutto erogare misure di aiuto nell'ambito della disciplina già esistente. Tali misure potranno essere esaminate alla luce dell'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE (compensazione dei danni derivanti da calamità naturali o da eventi eccezionali) o dell'art. 107 par. 3, lett. b)¹⁴, o lett. c), TFUE¹⁵.

Ulteriori interventi potranno anche trovare base giuridica nei regolamenti di esenzione già esistenti e, in particolare, il Regolamento Generale di esenzione per categoria¹⁶ e il Regolamento *de minimis*¹⁷.

Ad integrazione delle misure che potrebbero essere consentite sulla base dell'ordinario controllo di compatibilità, il *TF* ne indica invece una serie ulteriore che la Commissione può temporaneamente ed eccezionalmente ritenere compatibili, alla luce dell'art. 107, par. 3, lett. b) e lett. c).

Si tratta di misure che possono riguardare trasversalmente tutti i settori, tranne per alcuni specifici ambiti¹⁸. La Commissione ha preferito infatti intro-

¹⁴ Si tratta degli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di interesse comune oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro.

¹⁵ Gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse. Con riferimento a quest'ultima disposizione la Commissione ricorda, infatti, che gli Stati membri possono notificare regimi di aiuti «per far fronte a alle necessità acute di liquidità e sostenere le imprese in difficoltà finanziarie» in linea con gli Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione.

¹⁶ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato*, in G.U. n. L 187 del 26 giugno 2014.

¹⁷ Regolamento (UE) del 18 dicembre 2013 *relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis»*, in G.U. n. L 352 del 24 dicembre 2013, p. 1.

¹⁸ Settori della pesca, agricoltura, acquacoltura, oppure gli aiuti per la ricerca e lo sviluppo in materia di Covid-19 o per le infrastrutture di prova e *upscaling*.

durre un quadro generale anziché differenziare gli strumenti a seconda dell'impatto, più o meno grave, che la pandemia da Covid-19 ha prodotto nei differenti comparti.

Tenuto tuttavia conto della particolare criticità dei settori dei trasporti e del turismo¹⁹, la Commissione ha provveduto, *a latere*, a pubblicare alcune comunicazioni esplicative riguardo a tutte le misure che in via ordinaria o in via eccezionale gli Stati possono adottare, evidenziando – e questo vale soprattutto per i trasporti – la differente disciplina applicabile in presenza di servizi di interesse economico generale²⁰.

Le categorie di misure che secondo il *TF* rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 107 par. 3 lett. b) sono state in parte introdotte con la prima Comunicazione del 19 marzo 2020 e poi successivamente integrate e precisate, e corrispondono allo stato attuale alle seguenti: i) aiuti di importo minore (fino a 1.800.000 euro²¹) concessi mediante sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili, agevolazioni fiscali o di pagamento, garanzie, prestiti; ii) aiuti sotto forma di garanzie pubbliche sui prestiti; iii) aiuti sotto forma di tassi di interesse agevolati per i prestiti. In tutti e tre i casi vale la condizione secondo cui le imprese beneficiarie non dovevano trovarsi già in difficoltà il 31 dicembre 2019²². Gli Stati possono poi concedere: iv) aiuti sotto forma di garanzie e prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari; v) assicurazione del credito all'esportazione a breve termine²³; vi) aiuti sotto forma di differimento delle imposte e/o dei contributi previdenziali delle imprese; vii) aiuti sotto forma di sovvenzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti per evitare i licenziamenti durante la pandemia di COVID 19; e da ultimo viii) aiuti sotto forma di sostegno a costi fissi non coperti in caso di fermo delle attività (in una percentuale che va dal 70% al 90% e con importi che possono arrivare a 10.000.000 di euro)²⁴.

Largo spazio è inoltre dedicato alle misure di ricapitalizzazione per le im-

¹⁹ Raccomandazione (UE) n. 648/2020 della Commissione del 13 maggio 2020 *relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19*, in G.U. n. L 151 del 14 maggio 2020, p. 1; su tali misure si veda *infra*, in testo e in nota.

²⁰ *Overview of the State aid rules and public service obligations rules applicable to the air transport sector during the COVID-19 outbreak; Overview of the State aid rules and Public Service rules applicable to the maritime sector during the COVID-19 pandemic – Update March 2021; Overview of the State aid rules applicable to the land transport sector during the COVID-19 outbreak*, tutte pubblicate all'indirizzo https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.

²¹ Inizialmente l'importo era di 800.000 euro. Per il settore dell'agricoltura primaria l'importo massimo è di 225.000 euro mentre per i settori della pesca e dell'acquacoltura l'aiuto complessivo non deve superare i 270.000 euro.

²² In base alla definizione di cui all'articolo 2, punto 18, del Regolamento (UE) n. 651/2014 del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli artt. 107 e 108 del Trattato. Nelle versioni successive a quella del 19 marzo, il *TF* introduce tuttavia una deroga. Secondo il punto 22 c.bis «gli aiuti possono essere concessi alle microimprese o alle piccole imprese [...] che risultavano già in difficoltà al 31 dicembre 2019, purché non siano soggette a procedure concorsuali per insolvenza ai sensi del diritto nazionale e non abbiano ricevuto aiuti per il salvataggio o aiuti per la ristrutturazione».

²³ In tale contesto, la Commissione considera temporaneamente non assicurabili sul mercato, fino al 31 dicembre 2021, tutti i rischi commerciali e politici associati alle esportazioni verso i paesi elencati nell'allegato della STEC (punto 33).

²⁴ Si veda la comunicazione della Commissione del 13 ottobre 2020, *Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, cit., punti 11-12.

prese che si trovano in difficoltà finanziaria a causa della pandemia da Covid-19. L'introduzione di tali misure è avvenuta a seguito di emendamenti introdotti a partire dalla Comunicazione dell'8 maggio 2020, e ciò dimostra la duttilità dell'approccio seguito dalla Commissione in linea con il progressivo aggravarsi dell'emergenza sanitaria ed economica. Le misure di ricapitalizzazione possono essere indirizzate sia a grandi imprese che a PMI e possono consistere i) nell'emissione di nuove azioni ordinarie o privilegiate (strumenti rappresentativi di capitale) e/o ii) diritti di partecipazione agli utili, partecipazione senza diritto di voto e a responsabilità limitata e le obbligazioni convertibili garantite o non garantite (strumento "ibridi di capitale").

L'ingresso dello Stato nelle imprese è tuttavia considerato come l'*extrema ratio* considerati «gli effetti altamente distorsivi per la concorrenza». Tale via è dunque perseguibile solo qualora «non sia possibile trovare un'altra soluzione adeguata»²⁵. Deve trattarsi in primo luogo di imprese che non erano già in difficoltà il 31 dicembre 2019²⁶. La ricapitalizzazione è inoltre possibile i) solo qualora senza l'intervento dello Stato il beneficiario fallirebbe (o avrebbe gravi difficoltà a mantenere le sue attività); ii) sussiste un interesse comune all'intervento; iii) il beneficiario non è in grado di reperire finanziamenti sui mercati a condizioni accessibili. L'importo non deve superare il minimo necessario ad assicurare la redditività del beneficiario e non deve andare al di là del ripristino della struttura patrimoniali dello stesso alla situazione anteriore alla pandemia e cioè al 31 dicembre 2019²⁷.

Ulteriori condizioni disciplinano la remunerazione e l'uscita dello Stato dal capitale delle imprese. Come principio generale la remunerazione deve essere innanzitutto congrua per l'investimento e la ricapitalizzazione COVID-19 dovrebbe essere rimborsata non appena l'economia si sia stabilizzata. La remunerazione «dovrebbe inoltre essere aumentata per farla convergere con i prezzi di mercato»; ciò al fine di incentivare il beneficiario e gli altri azionisti a rimborsare la misura e a ridurre al minimo il rischio di distorsioni²⁸. Le imprese (diverse dalle PMI) che hanno ricevuto una ricapitalizzazione Covid-19 superiore al 25 % devono inoltre dimostrare di avere una strategia di uscita credibile per la partecipazione dello Stato membro. Tale strategia deve essere preparata e presentata dallo Stato membro entro 12 mesi dalla concessione dell'aiuto e deve essere approvata²⁹. Specifiche cautele sono infine prescritte al fine di prevenire indebite distorsioni della concorrenza dovute ad esempio a espansioni commerciali aggressive finanziate dagli aiuti di Stato³⁰.

²⁵ Punto 45.

²⁶ In deroga alle condizioni indicate, il punto 49, alla lett d.bis prevede che «gli aiuti possono essere concessi alle microimprese o alle piccole imprese [...] che risultavano già in difficoltà al 31 dicembre 2019, purché non siano soggette a procedure concorsuali per insolvenza ai sensi del diritto nazionale e non abbiano ricevuto aiuti per il salvataggio o aiuti per la ristrutturazione».

²⁷ Per maggiori dettagli sulle misure di ricapitalizzazione contenute nel TF, cfr. in dottrina M. MEROLA-A. COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, in *Euro-jus*, n. 1/2021, p. 55 ss.

²⁸ Ai punti 60-64 vengono poi illustrati i criteri per la remunerazione degli strumenti di capitale mentre ai punti 65-70 quelli relativi alla remunerazione degli strumenti ibridi di capitale.

²⁹ Punto 81. Ulteriori dettagli sono definiti ai punti 80-87.

³⁰ Misure supplementari sono in particolare richieste agli Stati nei casi di imprese che dispongono «di un notevole potere di mercato su almeno uno dei due mercati rilevanti in cui opera[no]» e che beneficiano di misure di ricapitalizzazione superiori a 250 milioni di euro. Gli Stati possono ad esempio proporre rimedi strutturali o comportamentali, idonei a mantenere una concorrenza effettiva su tali mercati (v. *Comunicazione della Commissione concernente le mi-*

La Commissione – al fine di agevolare e accelerare le attività di ricerca e sviluppo in materia di Covid-19, garantendo alle imprese interessate l'accesso alla liquidità e ai finanziamenti – ha infine ampliato le categorie di aiuti ritenute compatibili in applicazione dell'art. 107 par. 3, lett. c) TFUE. Con la Comunicazione del 3 aprile, sono state infatti espressamente incluse le misure che comportano i) aiuti per la ricerca e lo sviluppo in materia di Covid-19; ii) aiuti agli investimenti per le infrastrutture di prova e *upscaling*; iii) aiuti agli investimenti per la produzione di prodotti connessi al Covid-19.

Oltre all'ampia gamma di interventi previsti va sottolineato che le misure incluse nel *TF* sono tutte cumulabili tra loro, ad eccezione delle garanzie e dei prestiti agevolati di cui alle sezioni 3.2 e 3.3 e delle misure per la ricerca e sviluppo, investimenti e produzione diretti a far fronte all'emergenza sanitaria, rientranti nelle sezioni 3.6, 3.7 e 3.8 (ma solo per i medesimi costi ammissibili). Gli aiuti concessi nell'ambito del *TF* possono inoltre essere ulteriormente cumulati con gli aiuti rientranti nei vari regolamenti di esenzione (in particolare il GBER e il Regolamento *de minimis*).

Qualche riferimento va infine speso sul ruolo assunto dagli istituti bancari e finanziari: per un verso essi rappresentano il veicolo attraverso il quale lo Stato può erogare gli aiuti alle imprese (in particolare le garanzie pubbliche e i prestiti), ed è dunque importante che il flusso di credito non sia assoggettato a forti limitazioni. Tuttavia l'erogazione di prestiti e garanzie può tradursi per le banche in un vantaggio indiretto (e dunque porre anche problemi di cumulo). Per altro verso, anche gli stessi istituti bancari possono avere necessità di sostegno finanziario diretto.

In linea generale gli enti creditizi o altri enti finanziari «dovrebbero, nella misura più ampia possibile, trasferire ai beneficiari finali i vantaggi della garanzia pubblica o dei tassi di interesse agevolati sui prestiti»³¹; pertanto «l'intermediario finanziario dovrà essere in grado di dimostrare l'esistenza di un meccanismo volto a garantire che i vantaggi siano trasferiti, nella misura più ampia possibile, ai beneficiari finali»³².

Tuttavia, il fatto che gli istituti finanziari traggano eventualmente un vantaggio indiretto può costituire un incentivo per le banche nell'erogazione dei prestiti e garanzie statali. Qualora ciò si verifichi, resterebbe fermo che tali aiuti non hanno comunque «l'obiettivo di preservare o ripristinare la redditività, la liquidità o la solvibilità degli enti creditizi» e pertanto non dovrebbero né i) essere qualificati come sostegno finanziario pubblico straordinario³³ e né ii) essere valutati alla luce delle norme sugli aiuti di Stato applicabili al settore ban-

sure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione). Ulteriori adempimenti sono indicati nei punti 73-78.

³¹ Nell'iniziale versione del 19 marzo 2020, il *TF* ha precisato solo che gli aiuti veicolati attraverso istituti finanziari devono andare a diretto beneficio delle imprese poiché «non hanno l'obiettivo di preservare o ripristinare la redditività, la liquidità o la solvibilità delle banche» (punto 6). Dettagli ulteriori sono stati introdotti nelle versioni successive.

³² Ad esempio «sotto forma di maggiori volumi di finanziamento, maggiore rischiosità dei portafogli, minori requisiti in materia di garanzie e premi di garanzia o tassi d'interesse inferiori rispetto a quelli senza garanzie o prestiti pubblici» (punto 31).

³³ Ai sensi della direttiva 2014/59/UE *che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento* (art. 2 par. 1, punto 28) e del regolamento 806/2014/UE *del regolamento che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico* (art. 3 par. 1, punto 29).

cario³⁴. Eventuali aiuti indiretti dovrebbero allora essere valutati alla luce delle misure previste dal *TF* e come tali cumulabili con altre misure³⁵.

Riguardo invece agli aiuti diretti, essi possono consistere come per altri operatori colpiti, in misure rientranti nell'art. 107 par. 2, lett. b) del TFUE per compensare i danni diretti subiti a causa della pandemia di Covid-19 (in tal caso non verrebbero considerati come "sostegno finanziario pubblico straordinario") oppure nell'art. 107 par. 3, lett. b). Le misure sarebbero tuttavia valutate alla luce della Comunicazione sul settore bancario del 2013 e non del *TF* del 2020³⁶.

Delineato brevemente il quadro generale della nuova disciplina, quello che emerge – al di là della complessità e varietà degli interventi previsti e dell'applicazione multisettoriale del nuovo Quadro – è che i concetti intorno ai quali ruota in sostanza l'impianto sono: i) la qualificazione dell'evento (la pandemia da Covid-19) come "eccezionale" ai fini dell'applicazione dell'art. 107 par. 2 lett. b), con conseguente autorizzazione *ex ante* ad un utilizzo "generalizzato" di tale base giuridica; ii) una definizione estremamente elastica dei parametri di compatibilità – fondati per la maggior parte sull'art. 107, par. 3, lett. b) e, in misura residuale anche sulla lett. c) – delle misure rientranti nel *TF*.

La nuova disciplina, inoltre, è in grado direttamente o indirettamente di produrre effetti anche su profili che si pongono al di fuori della sua stretta cornice.

3. L'intervento *ex post*: la compensazione dei danni subiti gli aiuti *ex art. 107, par. 2, lett. b)* in ragione dell'"eccezionalità dell'evento"

Come espressamente ricordato dal *TF*, gli Stati hanno dunque la possibilità di fare leva sull'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE. La norma consente l'adozione di misure di aiuti a compensazione dei danni sofferti dalle imprese a causa di "calamità naturali" o "eventi eccezionali". Si tratta come noto di una disposizione poco utilizzata nella prassi della Commissione e per lo più applicata per la prima tipologia di eventi (le calamità naturali).

Nella sua Comunicazione del 13 marzo, la Commissione ha infatti approfittato per chiarire che l'evento è eccezionale se imprevedibile o difficile da prevedere; di notevole portata/impatto economico; straordinario cioè differisce nettamente dalle condizioni in cui il mercato normalmente opera³⁷. Non rien-

³⁴ Punto 29.

³⁵ Infatti «Gli aiuti agli enti creditizi e finanziari non devono essere valutati a norma della presente comunicazione, fatta eccezione per: i) i vantaggi indiretti accordati agli enti creditizi o finanziari che convogliano gli aiuti sotto forma di prestiti o garanzie in applicazione delle sezioni da 3.1 a 3.3, conformemente alle garanzie di cui alla sezione 3.4, e ii) gli aiuti di cui alla sezione 3.10 a condizione che il regime non sia destinato esclusivamente ai dipendenti del settore finanziario» (punto 20-*bis*).

³⁶ Punto 27. Da ultimo, anche gli «aiuti sotto forma di sovvenzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti» (al fine di evitare i licenziamenti) qualora diretti a dipendenti di enti creditizi o enti finanziari, non hanno in alcun modo l'obiettivo di preservare o ripristinare la sostenibilità economica, liquidità o solvibilità di tali enti e dunque sono valutabili secondo il *TF* (sezione 3.10; v. punto 43-*bis*).

³⁷ Il concetto è stato ripetuto ed ampliato nella Comunicazione del 19 marzo: «La natura eccezionale della pandemia di COVID-19 dipende dal fatto che tali danni non potevano essere previsti, sono di notevole entità e hanno pertanto fatto sì che le imprese si trovassero in condizioni che differiscono nettamente dalle condizioni di mercato in cui operano generalmente (pun-

trano infatti in tale ipotesi eventi di natura prettamente economica (e di fatto, come detto, la precedente crisi bancaria e finanziaria non è stata ipotizzato l'utilizzo di tale base giuridica) o anche epidemie di "più modesta" entità (come l'influenza aviaria³⁸; in tal caso è stato fatto per lo più ricorso all'art. 107 par. 3, lett. b) TFUE) o fenomeni gravi ma ricorrenti³⁹ o eventi pur sempre straordinari ma evitabili (e quindi prevedibili)⁴⁰.

In passato l'eccezionalità dell'evento è stata ad esempio riconosciuta riguardo agli attacchi terroristici dell'11 settembre (con conseguente autorizzazione ad erogare aiuti per indennizzare le compagnie aeree); dell'epidemia della "mucca pazza"⁴¹, dell'eruzione del vulcano islandese nel 2010⁴², di incidenti marittimi.⁴³ Alla pari di tali eventi, anche l'emergenza sanitaria da Covid-19 costituisce un evento eccezionale ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b), in particolare per quanto riguarda i settori immediatamente e maggiormente colpiti come i trasporti, il turismo, la cultura, il commercio al dettaglio⁴⁴.

Occorre ovviamente ricordare che a differenza degli aiuti erogabili in caso di *calamità naturali*, le misure che uno Stato membro intende concedere nei casi di *eventi eccezionali* non sono espressamente previste dal GBER (art. 50), e dunque devono essere comunque notificate alla Commissione. La compatibilità di tali misure alla luce dell'art. 107, par. 2, lett. b), è però considerata di fatto automatica. Il margine di discrezionalità della Commissione è infatti notevolmente ristretto e non comporta alcuna ponderazione tra gli effetti distorsivi e i vantaggi ottenuti dalle imprese⁴⁵. L'esame si limita a verificare l'esistenza reale del danno, la sua quantificazione (anche in ragione della durata temporale), il nesso causale tra l'aiuto e il danno, e l'assenza di una sovra compensazione⁴⁶.

to 8). Si veda inoltre l'art. 56 d.l. 17 marzo 2020 (cd. *Cura Italia*) secondo cui «ai fini del presente articolo l'epidemia da Covid-19 è formalmente riconosciuta come evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia, ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea».

³⁸ V. decisione 2010/332 riguardante gli aiuti dell'Italia.

³⁹ V. decisione 2010/332 riguardante gli aiuti dell'Italia nel caso dell'influenza aviaria (par. 60).

⁴⁰ Come nel caso della contaminazione della carne irlandese (diossina; v. decisione NN 44/2009). Secondo la Commissione tale evento non poteva essere assimilabile ad un evento eccezionale perché costituiva una conseguenza (prevedibile) della mancanza assicurazione di un alto livello di qualità e di controllo nel settore alimentare.

⁴¹ V. decisione n. 657/2001 riguardante gli aiuti concessi dal Belgio.

⁴² L'art. 50 del Regolamento generale di esenzione, adottato in epoca successiva alla decisione in oggetto, ha poi qualificato l'eruzione dei vulcani come calamità naturale.

⁴³ Decisione NN 82/2000.

⁴⁴ La prima misura approvata dalla Commissione ha riguardato un regime di aiuti danese volto a compensare i danni derivanti dalla cancellazione di eventi cancellati a causa dell'emergenza sanitaria. Cfr. K. STRUKMANN-G. FORWOOD-C. ARHOLD-A. KADRI, *The EU Commission approves the first COVID-19 related State aid notification to compensate damages caused by cancellation of large events*, in *e-Competitions Competition Law & Covid-19*, Art. N. 93771; A. CHAMPSAUR-D.P. CULLEY-F.LA PRÉVOTE-T. MULLER-IBOLD, *The EU Commission approves a COVID-19 related measures aimed at compensating event organizers for losses caused by cancellation*, in *e-Competitions Competition Law & Covid-19*, Art. No. 93809.

⁴⁵ V. Trib T-268/06, *Olimpiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione*, par. 51.

⁴⁶ V. Corte Giust., 23 febbraio 2006, causa C-346/03 e C-529/03, *Atzeni e a C. Commissione*, punto 79. V. anche Trib., 25 giugno 2008, causa T-268/06, *Olimpiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione*, punto. 52. Essendo particolarmente ridotto lo spazio per valutazioni discrezionali della Commissione, il controllo giurisdizionale sulle decisioni adottate è in tal caso molto puntuale. Per alcuni approfondimenti ci si permette di rinviare a C. SCHEPISI, *La valutazione del-*

Inoltre, come previsto in linea generale per tutte le misure indicate dal TF, anche gli aiuti rientranti nell'art. 107, par. 2, lett. b) possono essere cumulati con altre misure eventualmente già erogate⁴⁷.

Sebbene tutti gli elementi descritti dovrebbero (o avrebbero dovuto) condurre ad un uso massiccio da parte degli Stati membri di tale disposizione, peraltro pienamente avallata dalla Commissione, le notifiche di misure di aiuto riconducibili all'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE sono state in numero considerevolmente inferiore rispetto ad altri tipi di interventi⁴⁸.

Quali sono i motivi? Uno di questi potrebbe essere ravvisabile nella carenza di risorse statali, tenuto anche conto che la misura più efficace in tale ambito è il finanziamento a fondo perduto. Ve ne possono tuttavia essere altri.

Proprio perché la concessione di misure ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b) comporta una verifica circoscritta, l'accertamento dei requisiti è molto rigoroso e la norma è interpretata restrittivamente⁴⁹. Una delle prime questioni che, ad esempio, si è posta è se ai fini della quantificazione del danno, il periodo temporale di riferimento dovesse essere quello interessato dal fermo ufficiale dell'attività, disposto nel singolo Stato membro o si dovesse anche considerare il periodo precedente e/o successivo (per considerare, ad esempio, il calo delle prenotazioni alberghiere dovute alle difficoltà di circolazione, alle regole sul distanziamento sociale, ecc.). A rigore il periodo di riferimento dovrebbe essere quello durante il quale l'impresa non ha potuto operare normalmente e con inclusione anche di tutti i maggior costi sostenuti per la riapertura delle attività.

In ragione delle numerose criticità interpretative, l'ultima comunicazione (28 gennaio 2021) è intervenuta tentando di chiarire taluni aspetti. Il momento di inizio dell'evento eccezionale e l'arco temporale non devono essere dimostrati in quanto espressamente fissati dalla stessa Commissione (dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2021). Le misure nazionali restrittive (e la loro durata) incidono invece sul nesso di causalità tra l'evento eccezionale e i danni subiti da un'impresa (assenza di domanda). Le misure sono individuate in quelle «che prevedono la cessazione completa di un'attività economica [...] o in determi-

la compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2/2019, p. 319 ss.

⁴⁷ Punto 15. Anche sotto tale aspetto la Comunicazione precisa che interventi adottati nel quadro dell'art. 107, par. 2, lett. b) TFUE non verranno considerati come aiuti al salvataggio, aiuti alla ristrutturazione o aiuti temporanei alla ristrutturazione ai sensi del punto 71 degli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione. Non si applicherà dunque il principio *una tantum*, con la conseguenza che imprese che abbiano già ricevuto aiuti sulla base di tale orientamenti potranno essere direttamente e ulteriormente compensate per i danni derivanti dall'emergenza sanitaria da Covid 19.

⁴⁸ Al 31 marzo 2021, su circa 500 misure di aiuto autorizzate dalla Commissione, gli aiuti concessi ex art. 107, par. 2, lett. b) TFUE sono stati circa 56 (di cui 44 nel 2020 e 12 nel 2021). Le misure che l'Italia ha notificato alla luce di tale base giuridica sono state 6 (26 March 2021: €24.7 million of Italian support to compensate Alitalia for further damages suffered due to coronavirus outbreak; 10 March 2021: €511 million Italian scheme to compensate commercial rail passenger operators for damages suffered due to coronavirus outbreak (SA.59346) (press release: IP/21/1107); 1 March 2021: €10 million Italian public support to compensate Toscana Aeroporti for damage caused by coronavirus outbreak (SA.59518) (daily news: MEX/21/982); 29 December: €73 million of Italian support to compensate Alitalia for further damages suffered due to coronavirus outbreak (SA.59188) (press release: IP/20/2540); 22 December: €130 million Italian scheme to compensate airlines for damage suffered due to coronavirus outbreak (SA.59029) (daily news: MEX/20/2529); 4 September: €199.45 million Italian support to compensate Alitalia for damages suffered due to coronavirus outbreak (SA.58114) (press release: IP/20/1538).

⁴⁹ Corte Giust., 11 novembre 2004, causa C-73/03, *Spagna c. Commissione*, punto 37; 23 febbraio 2006, *Giuseppe Atzeni e.a.*, cit., punto 79.

nate zone [...] ⁵⁰ o le misure di esclusione di alcune categorie di clienti estremamente concrete» ⁵¹. O, ancora, «quelle che introducono una *soglia massima di affluenza* in settori specifici o per attività specifiche» (ad esempio, attività di intrattenimento, fiere commerciali, eventi sportivi) ⁵².

La Commissione esclude invece espressamente dall'ambito dell'art. 107, par. 2, lett. b) tutti gli interventi che mirino a compensare l'introduzione di «misure restrittive più generali (come ad esempio, le misure di distanziamento sociale o le disposizioni sanitarie di carattere generale). Non vanno perciò presi in considerazione «gli effetti economici del calo della domanda o dell'affluenza [...] dovuti alla maggiore riluttanza dei clienti a riunirsi in luoghi pubblici, mezzi di trasporto o altri luoghi, o alle restrizioni relative alla capacità».

Una seconda questione riguarda la maggiore difficoltà nella quantificazione del lucro cessante rispetto al danno emergente, anche al fine di evitare una sovra compensazione (che la Commissione potrebbe chiedere *ex post* di recuperare in quanto aiuto illegale e incompatibile) ⁵³.

Quello che dunque, a conti fatti, emerge è che sulla base dell'art. 107, par. 2, lett. b) possono essere autorizzati *solamente* quegli interventi volte a compensare i danni che siano *diretta* conseguenze di un fermo totale o parziale o comunque di una limitazione dell'attività, imposta da provvedimenti statali.

La difficoltà di differenziare i danni economici direttamente causati da misure concrete (chiusura, limitazioni di attività, o di clienti) da quelli derivanti dal calo della domanda o dell'affluenza rende dunque poco agevole un'esatta quantificazione del danno con l'ulteriore rischio – a seconda dei casi – di una sotto compensazione o sovra compensazione o di discriminazioni tra aeree territoriali, tra attività o momenti temporali. E rende pertanto meno appetibile in sostanza il ricorso a tale previsione da parte degli Stati membri.

Il limitato ricorso – inferiore forse alle attese – alle forme di compensazione *ex post* dei danni sofferti dalle imprese non deve tuttavia eccessivamente sorprendere o preoccupare.

Tale disposizione resta infatti di applicazione eccezionale perché è lo stesso Trattato a limitarne la sua operatività *ex post*, a compensazione dei danni effettivamente sofferti dalle imprese. È dunque proprio la scarsissima discrezionalità che il Trattato attribuisce *ab origine* alla Commissione – nella valuta-

⁵⁰ Come le restrizioni relative ai mezzi di trasporti da o verso determinati punti di partenza o destinazione.

⁵¹ Ad esempio, i turisti o i partecipanti ai viaggi di istruzione per quanto riguarda gli hotel e altre strutture.

⁵² Tali soglie massime di affluenza possono corrispondere *de facto* ad una restrizione se le misure di riduzione dell'attività economica comportano la cessazione di tutte le attività interessate o di una parte sostanziale di esse, a livelli che possono essere dimostrati essere sensibilmente inferiori a quelli che sarebbero raggiunti, in tali luoghi, applicando le regole generali di distanziamento sociale o le regole generali riguardanti la capacità degli esercizi commerciali.

⁵³ Per non dare luogo a sovra compensazione occorrerà sottrarre dal lucro cessante i costi che sarebbero stati sostenuti in condizioni normali ma che sono venuti meno proprio a causa della sospensione o della limitazione dell'attività. È inoltre necessario dimostrare che gli aiuti compensino «soltanto i danni causati direttamente dalla misura (restrittiva) fino al livello dei profitti che il beneficiario avrebbe potuto in modo credibile generare in assenza della misura, per la parte della sua attività che subisce una riduzione». Infine, occorrerebbe a rigore verificare in quali condizioni versava l'impresa prima dell'evento eccezionale (la Commissione si limita ad escludere le imprese in difficoltà) e se altri fattori possano aver concorso alla diminuzione del fatturato. Tale verifica sarebbe particolarmente stringente nei casi in cui lo Stato volesse compensare le imprese per il 100% dei danni sofferti. Poiché in molti casi gli Stati si stanno muovendo con «ristori» di importo limitato (fisso o forfetario), e che certamente rischiano di non coprire neppure il danno emergente, tale verifica è nella maggior parte dei casi sostanzialmente superflua.

zione dei vari elementi, come il danno e il nesso di causalità – che rende “rigida” la norma impedendo alla Commissione di “modellarne” il suo contenuto.

In secondo luogo la scarsità di misure notificate ex art. 107, par. 2, lett. b) TFUE va visto in relazione all’ampia offerta di altre misure di cui gli Stati membri possono disporre e che – alla luce del *TF* – si presentano certamente più duttili. Qualora, infatti gli aiuti siano volti a porre rimedio in modo più generale alla crisi economica innescata dalla pandemia di COVID-19 essi possono essere più correttamente valutati alla luce della diversa base di compatibilità rappresentata dall’art. 107, par. 3, lett. b) TFUE, e quindi, in linea di principio, alla luce dei criteri eccezionalmente introdotti dalla Commissione nella Comunicazione del 19 marzo e successivi emendamenti.

4. L’allentamento dei requisiti per la valutazione di compatibilità. Gli interventi ex art. 107 par. 3, lett b) e c)

Anche la norma dell’art. 107, par. 3, lett. b) TFUE presenta carattere eccezionale. Essa consente infatti di intervenire «per porre rimedio a un grave turbamento dell’economia» e tale requisito è stato interpretato in maniera rigorosa. Tant’è che sino alla crisi bancaria e finanziaria del 2008 le sue applicazioni sono state davvero rare.

A differenza delle misure ai sensi del par. 2, quelle rientranti nel par. 3, lett. b) non sono “automaticamente” autorizzate dalla Commissione. Gli Stati devono infatti dimostrare che gli interventi per porre rimedio al grave turbamento economico sono necessari, adeguati e proporzionati⁵⁴. Tuttavia, diversamente dalle altre ipotesi contemplate sempre dal par. 3 dell’art. 107 TFUE, la Commissione non è tenuta ad effettuare un vero e proprio bilanciamento tra gli effetti distorsivi che la misura comporta e i suoi benefici al fine di verificare se la misura risponda all’*interesse comune*. E questo perché l’interesse comune sarebbe considerato in *re ipsa*. Recenti precisazioni sul punto sono contenute nella sentenza *Austria c. Commissione*⁵⁵, e ancor più chiaramente nei recenti casi *Ryanair c. Commissione*⁵⁶, in relazione ai quali il Tribunale ha precisato che «si presume che dette misure [quelle ex art. 107, par. 3, lett. b)] siano adottate *nell’interesse dell’Unione*» sempre che siano adeguate, necessarie e proporzionate, «*sicché tale disposizione non richiede che la Commissione proceda a un bilanciamento* tra gli effetti benefici dell’aiuto e i suoi effetti negativi sulle condizioni degli scambi e sul mantenimento di una concorrenza non falsata [...]. In altri termini, un simile bilanciamento non avrebbe ragion d’essere nell’ambito dell’art. 107, par. 3, lett. b) TFUE, in quanto il suo risultato si

⁵⁴ Punto 19.

⁵⁵ Corte Giust., 22 settembre 2020, causa C-594/18 P, *Austria c. Commissione*. Al punto 20, la Corte precisa che «a differenza dell’articolo 107 par. 3, lett. b) TFUE, il quale prevede che possono essere dichiarati compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo a porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro, l’art. 107 par. 3, lett. c) TFUE non subordina quindi la compatibilità di un aiuto alla condizione che esso persegua un obiettivo di interesse comune, fermo restando che le decisioni adottate dalla Commissione a tale titolo devono garantire il rispetto del diritto dell’Unione».

⁵⁶ Trib., 17 febbraio 2021, causa T-238/20, *Ryanair c. Commissione* (“licenze svedesi”); 17 febbraio 2021, causa T-259/20 *Ryanair c. Commissione* (“licenze francesi”).

presume positivo. Il fatto che uno Stato membro riesca a porre rimedio a un grave turbamento della sua economia non può infatti che andare a beneficio dell'Unione in generale e del mercato interno in particolare»⁵⁷.

Poiché l'obiettivo di tali misure è quello di sostenere le imprese in caso di "grave turbamento" ed avviarle ad una ripresa economica, la loro concessione non è condizionata alla dimostrazione di un nesso diretto di causalità (tra l'evento eccezionale e il danno) né ad un'esatta quantificazione dei danni (diretti) e può ben essere utilizzata per coprire anche i danni indiretti o prevenire un ulteriore "turbamento" potenziale⁵⁸ (per alleviare ad esempio gli oneri delle imprese in caso di diminuzione della loro attività causata dal calo della domanda o dell'affluenza e non dovuta invece a chiusure imposte con atto della pubblica autorità⁵⁹).

Quello che allora emerge è che l'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE consente di fatto agli Stati membri di intervenire sia per "compensare" i danni causati dal grave turbamento dell'economia che per "incentivare" la ripresa delle attività. Considerando che il *TF* si concentra per la maggior parte proprio su tali misure appare chiara la scelta degli Stati di ricorrere più a tale disposizione piuttosto che al par. 2, lett. b) dello stesso art. 107 TFUE.

La Commissione, inoltre, nel contesto dell'attuale situazione emergenziale, ha ulteriormente ampliato la portata della norma. La differenza con il *Framework* del 2008 – adottato interamente sulla base dell'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE per fronteggiare la crisi bancaria e finanziaria – è ad esempio marcata. Oltre all'applicazione trasversale della disciplina a tutti i settori industriale e alla tempestività della sua adozione (pochi giorni dopo la decisione di *lock down* adottata in vari Stati membri), il nuovo *Framework* si caratterizza per una procedura di approvazione delle misure estremamente accelerata (in media 24-48 ore). Gli aiuti di "importo limitato" possono inoltre arrivare a cifre particolarmente elevate (fino a 1.800.000 euro rispetto ai 500.000 della precedente crisi). La gamma di strumenti è poi estremamente ampia, spaziando dagli interventi a fondo perduto, ai prestiti, alle garanzie e tassi di interesse agevolati, alle agevolazioni fiscali e di pagamento (e differimento delle imposte e/o dei contributi previdenziali), alle ricapitalizzazioni, e altre ancora.

Ma non solo. Nell'ambito del suo spazio di discrezionalità, la Commissione

⁵⁷ Punto 68. Al punto 67 il Tribunale aveva premesso che «Dal tenore letterale di tale disposizione risulta che i suoi autori hanno ritenuto che fosse nell'interesse dell'intera Unione che l'uno o l'altro dei suoi Stati membri fosse in grado di superare una crisi significativa, o persino esistenziale, la quale non potesse che avere gravi conseguenze sull'economia di tutti o di parte degli altri Stati membri, e dunque sull'Unione in quanto tale. Tale interpretazione testuale della lettera dell'articolo 107 par. 3, lett. b), TFUE è confermata dal suo confronto con l'art. 107 par. 3, lett. c), TFUE [...] nella misura in cui il tenore letterale di quest'ultima disposizione contempla una condizione, relativa alla dimostrazione dell'assenza di alterazione delle condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse, che non figura nell'articolo 107, paragrafo 3, lett. b), TFUE [...] L'art. 107 par. 3, lett. b), TFUE non richiede che la Commissione proceda a un bilanciamento tra gli effetti benefici dell'aiuto e i suoi effetti negativi sulle condizioni degli scambi e sul mantenimento di una concorrenza non falsata [...] ma soltanto che essa verifichi se la misura di aiuto di cui trattasi sia necessaria, adeguata e proporzionata» (punto 69).

⁵⁸ Cfr. anche in dottrina, P. NICOLAIDES, *Applicaton of Article 107 (2)(b) TFEU to Covid-19 Measures; State Aid to Make Good the Damage Caused by an Exceptional Occurrence*, in *Journ. Eur. Comp. Law*, 2020, p. 238 ss., il quale sottolinea che in applicazione dell'art. 107 par. 3, lett. b), TFUE «aid can be both "retrospective" and "prospective"».

⁵⁹ Un chiaro esempio è fornito dagli aiuti sotto forma di sostegno a costi fissi non coperti. V. Punto 3.10.

ha inoltre ulteriormente “alleggerito” i criteri in base ai quali le misure possono essere considerate adeguate, necessarie e proporzionate. Nella maggior parte dei casi non è infatti prescritta l'intensità dell'aiuto in termini di percentuale dei costi ammissibili (è prevista solo per gli “aiuti sotto forma di sostegno a costi fissi non coperti”). La previsione di parametri oggettivi (l'ammontare massimo, il tasso minimo, ecc.), tutti agevolmente verificabili, consente infatti alla Commissione di poter rispondere in un brevissimo lasso di tempo, senza necessità di procedere a quel seppur minimo scrutinio sull'adeguatezza e proporzionalità della misura (che anche in tal caso si considera presunta). Di fatto l'unica vera eccezione è costituita dalle misure di ricapitalizzazione che per il loro elevato potenziale distorsivo sono infatti circondate da particolari cautele, e alle quali il *TF* dedica numerosi passaggi. Tuttavia, anche in tal caso è possibile notare un sensibile ammorbidimento dei criteri che devono essere osservati dagli Stati membri.

Accanto all'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE – e questa costituisce un'ulteriore differenza con la crisi bancaria e finanziaria del 2008 – gli Stati possono inoltre, come già evidenziato, fare leva sull'art. 107, par. 3, lett. c). Diversamente dalla prima, la Commissione ha qui l'onere di valutare che la misura non sia contraria all'interesse comune e dunque a operare il bilanciamento tra effetti distorsivi e benefici⁶⁰. Non a caso la sua applicazione – nel contesto del *TF* – è residuale. In linea con l'approccio adottato dalla Commissione per la valutazione di compatibilità di una misura alla luce di tale base giuridica, è ad esempio richiesto che l'intensità dell'aiuto non superi una certa percentuale dei costi ammissibili. Tuttavia, notiamo anche in riferimento a tale disposizione un allentamento di determinati criteri. Uno tra tutti la dimostrazione dell'effetto di incentivazione (utile a valutare l'impatto positivo della misura), che in taluni casi risulta sostanzialmente presunto⁶¹.

Quanto riportato trova peraltro conferma in un'altra affermazione contenuta nella Comunicazione e cioè che la Commissione ha, nell'indicare la possibilità, per gli Stati membri, di adottare determinate misure ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. c) TFUE già «tenuto debitamente conto dell'obiettivo comune perseguito da tali misure di aiuto e dei loro effetti positivi per affrontare la crisi sanitaria provocata dalla pandemia di COVID-19 quando li ha soppesati rispetto ai potenziali effetti negativi delle misure sul mercato interno»⁶².

⁶⁰ Corte Giust., 22 settembre 2020, *Austria c. Commissione*, cit., secondo cui «per poter essere considerato compatibile con il mercato interno conformemente a tale disposizione, un aiuto di Stato deve soddisfare due condizioni, la prima delle quali è che esso deve essere destinato ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, mentre la seconda, formulata in modo negativo, è che non deve alterare le condizioni degli scambi in misura contraria all'interesse comune» (punti 18-19).

⁶¹ Viene precisato che «per i progetti avviati a partire dal 1° febbraio 2020, si ritiene che l'aiuto abbia un effetto di incentivazione; per i progetti avviati prima del 1° febbraio 2020, si ritiene che l'aiuto abbia un effetto di incentivazione se è necessario per accelerare o ampliare la portata del progetto». In tali casi i costi ammissibili sono solo quelli supplementari relativi alle misure di accelerazione o all'ampliamento della portata del progetto.

⁶² Punto 16-bis.

5. Gli ulteriori effetti del *Temporary Framework* oltre il suo stesso ambito: i) l'estensione dell'efficacia temporale e delle ipotesi di compatibilità

Oltre ad individuare un'amplessissima gamma di misure di aiuto che possono essere adottate dagli Stati membri, il *TF* sembra inoltre produrre effetti anche oltre il suo oggettivo campo di applicazione.

L'efficacia temporale del *TF* non decorre ad esempio dalla data di adozione. Per espressa previsione, il *TF* si applica infatti anche a tutte le misure notificate *prima* della data della sua adozione (19 marzo 2020). Inoltre i criteri di compatibilità indicati dalla Commissione nel nuovo Quadro vengono estesi anche agli aiuti illegali, quindi non notificati, che siano stati concessi dopo il 1° febbraio 2020⁶³, data simbolica, per la Commissione, di inizio della pandemia da Covid-19.

Quanto all'ambito di applicazione, da un'analisi delle decisioni di compatibilità sino ad ora adottate riguardo a misure notificate direttamente sulla base dell'art. 107, par. 3, lett. b) e c), e che dunque fuoriescono dal *TF* (per tipologia, modalità di concessione, strumento utilizzato, importi), risulta, in primo luogo, che la Commissione tende ai fini della sua valutazione, ad utilizzare comunque i parametri indicati nel *TF* (che tra l'altro viene citato espressamente), estendendone così ulteriormente gli effetti⁶⁴.

Un'ulteriore (e indiretta) estensione dell'efficacia è inoltre apprezzabile riguardo al settore del turismo, in riferimento, in particolare, al rimborso dei titoli di viaggio o di biglietti per eventi annullati, o di pagamenti per strutture alberghieri e per pacchetti turistici non utilizzati. Molti Stati membri hanno infatti lasciato agli operatori turistici la scelta di offrire dei *vouchers* anziché procedere al rimborso dei titoli. La ragione va ricercata nell'esigenza di contemperare il diritto dei consumatori a ottenere un ristoro e la carenza di liquidità degli operatori, nell'intento pertanto di ripartire più equamente il danno tra le diverse categorie. Va da sé che a monte di tali provvedimenti vi è l'impossibilità degli Stati di intervenire con sostegni finanziari nei confronti degli operatori turistici colpiti dalle restrizioni totali o parziali (il che avrebbe consentito a loro volta di rimborsare direttamente i consumatori).

Tali provvedimenti si pongono tuttavia in diretto contrasto con quanto previsto dai «regolamenti dell'Unione sui diritti dei passeggeri»⁶⁵ e la direttiva (UE)

⁶³ Punti 94-95.

⁶⁴ Si veda a esempio l'aiuto notificato dall'Italia direttamente ai sensi dell'art. 107 par. 3, lett. b) *EU State aid rules, a €2 billion Italian scheme to support the trade credit insurance market in the context of the coronavirus outbreak*, e autorizzato dalla Commissione il 13 agosto 2020 (SA.57937) (press release: IP/20/1478).

⁶⁵ Regolamento (CE) n. 261/2004, 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 e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91* (in G.U. n. L 46 del 17 febbraio 2004, p. 1); regolamento (CE) n. 1371/2007, del 23 ottobre 2007, *relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario* (in G.U. n. L 315 del 3 dicembre 2007, p. 14); regolamento (UE) n. 1177/2010, del 24 novembre 2010, *relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004* (in G.U. n. L 334 del 17 dicembre 2010, p. 1); regolamento (UE) n. 181/2011, *relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004* (in G.U. n. L 55 del 28 febbraio 2011, p. 1); i quali stabiliscono che in caso di cancellazione da parte del vettore, questo deve offrire ai passeggeri la possibilità di scegliere tra un rimborso e un trasporto alternativo.

n. 2302/2015 («direttiva sui pacchetti turistici»)⁶⁶. Quest'ultima prevede che «qualora un pacchetto turistico sia annullato a causa di «circostanze inevitabili e straordinarie», i viaggiatori abbiano il diritto di ottenere il rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, senza indebito ritardo e in ogni caso entro 14 giorni dalla risoluzione del contratto. In tale contesto, l'organizzatore può offrire al viaggiatore un rimborso sotto forma di buono. Tale possibilità non priva tuttavia i viaggiatori del diritto al rimborso in denaro»⁶⁷.

Ebbene, la Commissione, constatata la difficoltà da parte degli Stati di garantire il pieno rispetto di tale disciplina, ha adottato una Raccomandazione⁶⁸, con la quale pur ribadendo il diritto del consumatore di optare per il rimborso integrale ha indicato una serie di criteri che gli Stati potrebbero introdurre per rendere più appetibile la scelta del *voucher*. Tra queste la durata minima (12 mesi) e concessione di garanzie sui *vouchers*⁶⁹.

Queste ultime, in particolare, sono soggette all'obbligo di notifica in quanto costituiscono aiuti di Stato e, a meno che lo Stato non preferisca far leva su altre misure espressamente indicate dal TF (es. aiuti di importo minore), saranno valutate dalla Commissione direttamente sulla base dell'art. 107, par. 3, lett. b), al di fuori dunque del *TF*. Quello che tuttavia è possibile constatare è che nel disciplinare espressamente i requisiti che tali misure dovrebbero presentare ai fini della valutazione di compatibilità, la Raccomandazione introduce di fatto un'ulteriore ipotesi di compatibilità, ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. b) e sulla falsariga del *TF*.

6. Segue. ii) Il cumulo delle misure di aiuti e il raccordo con altri principi

A parte gli aspetti appena considerati, va poi ricordato che le misure di aiuto previste dal *TF* sono tutte cumulabili tra loro (tranne talune eccezioni) e con

⁶⁶ Direttiva (UE) n. 2302/2015 del 25 novembre 2015, *relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio* (in G.U. n. L 326 dell'11 febbraio 2015, p. 1).

⁶⁷ Cfr. in dottrina, F. ROSSI DAL POZZO, *Trasporti e turismo in epoca di emergenza sanitaria Covid-19. Il caso dei vouchers in alternativa ai rimborsi in denaro di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, Eurojus, numero speciale, 2020, pp. 128 e 149; R. SANTAGATA, *Gli effetti dell'emergenza sanitaria sui contratti turistici e di trasporto*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società salute economia e regole nell'era post Covid-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, vol. I, p. 309 ss.

⁶⁸ Raccomandazione (UE) n. 648/2020 della Commissione del 13 maggio 2020 *relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19*, in G.U. n. L 151 del 14 maggio 2020, p. 1.

⁶⁹ Secondo il *TF* «Al fine di limitare le ripercussioni negative sui passeggeri o sui viaggiatori durante la pandemia di Covid-19, gli Stati membri dovrebbero considerare attivamente la possibilità di istituire regimi di garanzia per i buoni, con i quali garantire ai passeggeri o ai viaggiatori il rimborso in caso di insolvenza dell'emittente dei buoni. Nella misura in cui tali regimi di garanzia riducono il rischio finanziario insito nell'accettazione dei buoni per i passeggeri e viaggiatori, aumentando la probabilità che essi optino per tali buoni invece di chiedere un rimborso in denaro e migliorando dunque la situazione di tesoreria degli operatori, tali misure offrono a questi ultimi un vantaggio sotto forma di miglioramento della liquidità e costituiscono un aiuto di Stato» (punto 16).

gli aiuti rientranti nei vari regolamenti di esenzione (in particolare il GBER o il *de minimis*). Tale possibilità è espressamente prevista dal *TF* e data la sua ampiezza assume un carattere davvero eccezionale.

La sua portata va tuttavia ben oltre di quanto indicato nel nuovo Quadro. L'introduzione della possibilità di cumulo tra le varie misure ha infatti e innanzitutto indotto la Commissione a prorogare il periodo di applicazione di diversi Orientamenti⁷⁰ (utili ai fini della valutazione di compatibilità da parte della Commissione) e dei regolamenti (UE) n. 1407/2013 e (UE) n. 651/2014, tutti in scadenza alla fine del 2020⁷¹, nonché a introdurre alcune modifiche.

La possibilità di cumulo delle varie misure di aiuto riveste inoltre rilievo riguardo all'impatto che potrebbe produrre in presenza di (pregressi) aiuti illegali e incompatibili. La c.d. dottrina *Deggendorf*⁷², vieta infatti ad uno Stato membro di concedere nuovi aiuti (ancorché astrattamente compatibili) qualora precedentemente erogati ad una medesima impresa e che non siano stati recuperati. La Commissione ha inoltre esteso l'interpretazione di tale principio ritenendo che il mancato recupero di un precedente aiuto illegale ed incompatibile incida negativamente ai fini della valutazione di compatibilità della nuova misura.

La questione ha assunto un certo rilievo anche nel nostro ordinamento. L'art. 46 legge n. 234/2012⁷³ ha diligentemente recepito la clausola *Deggendorf*.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione *relativa alla proroga e alla modifica degli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio, della disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, della comunicazione sui criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, della comunicazione della Commissione sulla disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione e della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine*; (2020/C 224/02, in G.U. n. C 224 dell'8 luglio 2020.) Il periodo di applicazione degli orientamenti è prorogato alla fine del 2021, salvo che per gli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, prorogati di ben tre anni. La Commissione ha inoltre ritenuto opportuno modificare temporaneamente alcuni di tali Orientamenti. In particolare, nell'ambito degli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, della disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020, della comunicazione sui criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo e della disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, viene precisato che «*le imprese che al 31 dicembre 2019 non erano in difficoltà, ma lo sono diventate dopo il 31 dicembre 2019, dovrebbero essere ammissibili ai sensi di tali norme fino al 30 giugno 2021*». Ancora, con riguardo alla disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020, la Commissione ha provveduto ad adattare i metodi di calcolo poiché a seguito del brusco calo dei prezzi dell'energia elettrica dovuto alla pandemia di Covid-19, le imprese potrebbero non rientrare più nei criteri di ammissibilità di cui alla sezione 3.7.2 (riduzioni mirate del sostegno finanziario alla produzione di energia da fonti rinnovabili per motivi di competitività).

⁷¹ Regolamento (UE) n. 972/2020 del 2 luglio 2020, *che modifica il regolamento (UE) n. 1407/2013 per quanto riguarda la sua proroga e il regolamento (UE) n. 651/2014 per quanto riguarda la sua proroga e gli adeguamenti pertinenti*, in G.U. n. L 215 del 7 luglio 2020, che ha prorogato fino al 31 dicembre 2023 l'applicazione dei regolamenti (UE) n. 1407/2013 e (UE) n. 651/2014.

⁷² Trib. 13 settembre 1995, cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmGH c. Commissione*.

⁷³ Legge 4 dicembre 2012, n. 234 *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, in G.U., Serie Generale, n. 3 del 4 gennaio 2013.

dorf. Il d.l. *Rilancio*⁷⁴, adottato per far fronte alla crisi economica causata dalla pandemia da Covid-19, ha tuttavia introdotto una deroga a tale articolo, disponendo che “i suddetti soggetti [ndr. i beneficiari degli aiuti] [...] accedono agli aiuti previsti da atti legislativi o amministrativi adottati, a livello nazionale, regionale o territoriale, ai sensi e nella vigenza della comunicazione della Commissione [...] “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19”, [...] *al netto dell’importo dovuto* e non rimborsato, comprensivo degli interessi maturati fino alla data dell’erogazione».

La domanda che dunque ci si pone, al di là delle disposizioni introdotte dal Legislatore italiano, è se in ragione dell’eccezionalità dell’evento e della grave situazione economica – e tenuto conto della possibilità di cumulare più misure non altrimenti erogabili, offerta al fine di porre rimedio più efficacemente all’attuale crisi – non sia implicitamente ammessa una deroga alla dottrina *Deggendorf*.

Riguardo alle misure che possono essere concesse sulla base giuridica dell’art. 107, par. 2, lett. b) TFUE la risposta dovrebbe essere certamente positiva.

La funzione di tale norma è infatti, come ampiamente illustrato, quella di compensare i danni cagionati da un evento eccezionale o da una calamità naturale. Tali misure non producono alcun effetto distorsivo e il mantenimento di un obbligo di notifica risiede nella necessità di consentire alla Commissione, non già di bilanciare gli effetti negativi e positivi, bensì di certificare l’eccezionalità dell’evento, la sussistenza di un nesso di causalità, e l’assenza di una sovra compensazione.

Effettivamente, e per tale ragione, l’art. 1, comma 4, lett. b e c) del GBER sembra sposare tale linea prevedendo per l’appunto che il divieto di cumulo con aiuti illegali e incompatibili e ancora non restituiti dall’impresa non si applichi nel caso di misure volte a compensare i danni da calamità naturali. La norma si limita tuttavia a menzionare tale categoria di eventi e non anche quelli “eccezionali”.

La lacuna è tuttavia facilmente giustificabile e comunque superabile⁷⁵. Il fatto che l’art. 1, comma 4, menzioni solo i danni per calamità naturali deriva ovviamente dal fatto che solo questi ultimi sono oggettivamente incluse nel GBER (e dunque esentate dall’obbligo di notifica). Ma è presumibile ritenere che l’espressa previsione di tali misure derivi dal fatto che le *calamità naturali* siano più facilmente classificabili a priori⁷⁶ mentre la definizione di evento eccezionale sfugge ad una qualificazione *ex ante* e dunque rende impraticabile un’esenzione (appunto *ex ante*) dall’obbligo di notifica, preferendo la Commissione procedere *case by case*, al fine di verificare se effettivamente l’evento

⁷⁴ D.l. n. 34/2020, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*. (20G00052) in G.U. n. 128 del 19 maggio 2020, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 (in G.U. del 18 luglio 2020, n. 180).

⁷⁵ V. anche in dottrina A. CIPRANDI, *Aiuti di Stato nell’emergenza COVID-19: la c.d. “clausola Deggendorf”. Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?*, cit.; M. MEROLA-A. COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, cit.

⁷⁶ Secondo il par. 1 dell’art. 50 «I regimi di aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da terremoti, valanghe, frane, inondazioni, trombe d’aria, uragani, eruzioni vulcaniche e incendi boschivi di origine naturale sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell’art. 107 par. 2, lett. b), del trattato e sono esentati dall’obbligo di notifica di cui all’art. 108 par. 3 del trattato purché soddisfino le condizioni di cui al presente articolo e al capo I».

sia connotato da eccezionalità (si ricorda infatti che alcune epidemie “minori” non erano state classificate tali). Tuttavia una volta ritenuto che un evento è “eccezionale”, si ritiene che la modalità applicativa dell’art. 107 par. 2, lett. b) TFUE debba essere la medesima in entrambi i casi. La differente disciplina ai fini dell’esenzione o meno dall’obbligo non implica infatti che la *ratio* e l’ambito di applicazione delle due ipotesi previste dall’art. 107 par. 2, non debba coincidere, trattandosi in ambedue le ipotesi di ristori *ex post* per i danni subiti dalle imprese.

Per le misure *ex art.* 107 par. 3, lett. b) TFUE una risposta positiva non pare così immediata. Tuttavia anche tale disposizione ha – come si è già ampiamente visto – una funzione rimediante, ed effettivamente il compito della Commissione è quello unicamente di verificare se la misura sia necessaria, adeguata e proporzionata, senza avere necessità di operare un bilanciamento tra effetti distorsivi e vantaggi per il mercato.

Ci pare dunque che – quanto meno riguardo a tali misure – la soluzione che possa coniugare la dottrina *Deggendorf* con l’esigenza di intervenire prontamente a porre rimedio in una situazione di eccezionale gravità possa essere proprio quella che è stata adottata dal legislatore italiano (e cioè l’erogazione del nuovo aiuto al *netto dell’importo dovuto*). Tale soluzione effettivamente consentirebbe ad un’impresa di ricevere un ristoro o un sostegno evitando (ed anzi probabilmente elidendo) gli effetti distorsivi che la precedente misura di aiuto, non recuperata, avrebbe continuato a causare.

Una questione che ha solo rischiato di ampliare gli effetti dell’autorizzazione al cumulo delle misure degli aiuti di Stato si è invece, e diversamente posta, in riferimento al concetto di impresa. Tale nozione abbraccia, come noto, qualsiasi soggetto che esercita attività economica a prescindere dalla propria configurazione giuridica, con la conseguenza di attrarre in tale definizione anche i “gruppi di imprese”, nella misura in cui costituiscono una sola unità economica (nonostante la loro strutturazione interna in entità giuridiche)⁷⁷.

Il problema che dunque si è posto è se ai fini del cumulo delle misure di aiuto, il tetto massimo di 1.800.000 euro (“aiuti di importo minore”) previsto per una tipologia di misure rientranti nel *TF*, dovesse essere inteso come riferito a tutto il gruppo o ad ognuna delle imprese o società che lo compongono. Tale precisazione non è espressamente contenuta nel *TF*, bensì nel *Regolamento de minimis*⁷⁸. Tuttavia, il punto 20 del *TF*, prevede – seppur genericamente – che il cumulo è possibile «a condizione che siano rispettate le disposizioni e le norme previste da tali regolamenti». L’esigenza di individuare l’interpretazione più corretta è apparsa ancor più stringente in considerazione della possibilità di cumulare ulteriormente gli aiuti del *TF* con gli aiuti *de minimis* (200.000 euro in tre esercizi finanziari). Il timore, emerso anche nell’ordinamento italiano⁷⁹, era che l’interpretazione (ritenuta restrittiva) derivante dal combinato disposto

⁷⁷ Corte Giust., 13 giugno 2002, causa C-382/99, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione*.

⁷⁸ Secondo l’art. 2 del Regolamento «s’intende per «impresa unica» a) l’insieme delle imprese fra le quali esiste almeno una delle relazioni seguenti: un’impresa detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di un’altra impresa; b) un’impresa ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, direzione o sorveglianza di un’altra impresa; c) un’impresa ha il diritto di esercitare un’influenza dominante su un’altra impresa in virtù di un contratto concluso con quest’ultima oppure in virtù di una clausola dello statuto di quest’ultima; d) un’impresa azionista o socia di un’altra impresa controlla da sola, in virtù di un accordo stipulato con altri azionisti o soci dell’altra impresa, la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di quest’ultima».

⁷⁹ V. Circolare di Confindustria del 3 novembre 2021 <https://www.confindustria.ge.it>.

delle due discipline, potesse in parte privare di efficacia l'intervento della Commissione. Inoltre non era chiaro se ai fini dell'importo totale degli "aiuti di importo minore", e quindi anche ai fini del cumulo dovessero rientrare anche le misure concesse ad imprese stabilite in altri Stati membri ma facenti parte sempre dello stesso gruppo di imprese.

La soluzione che il recente d.l. *Sostegni*⁸⁰, ha introdotto appare tuttavia quella più aderente al rinvio che il *TF* effettua alle condizioni dei regolamenti di esenzione⁸¹. Secondo l'art. 1, comma 17, «si applica la definizione di impresa unica ai sensi del regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis»⁸².

7. Disapplicazione del divieto di aiuti di Stato?

L'ampiezza e l'incisività del *Framework* attuale, anche al di fuori del suo stretto ambito come appena visto, è ovviamente dovuta alla particolare gravità ed estensione della crisi – sia a livello territoriale che settoriale – e alla necessità di intervenire urgentemente. Il protrarsi dell'emergenza ha inoltre e pienamente giustificato un'ulteriore estensione sia del limite temporale che della gamma di soluzioni.

Quello che ci si domanda è se si possa tecnicamente parlare di una "disapplicazione" (seppur temporanea) delle regole sugli aiuti di Stati (e dunque del divieto di introdurre nuovi aiuti) in ragione di una situazione particolarmente grave e della necessità di tutelare interessi fondamentali degli Stati membri e dei cittadini. Posto in altri termini, se si può affermare che quello che ad oggi appare come un "congelamento" della disciplina sugli aiuti di Stati sia il frutto di un bilanciamento tra gli obiettivi perseguiti dagli artt. 107 e 108 del TFUE e altri principi parimenti fondamentali degli Stati membri e/o rinvenibili in altre norme del Trattato dell'Unione europea che prevalgono sui primi.

La risposta pare essere negativa in ragione di vari elementi.

Il primo riguarda la struttura stessa dell'art. 107 TFUE. Se da un lato il divieto di erogare aiuti di Stato rappresenta il principio generale, tale divieto non è dall'altro assoluto (è infatti "salvo deroghe"). È lo stesso Trattato ad indicare le tipologie di misure statali che, a seconda dei casi, *sono o possono essere* considerate compatibili con il mercato interno. L'espressa inclusione – tra le misure ritenute compatibili di cui all'art. 107, par. 2, lett. b) TFUE – degli interventi volti a compensare i danni derivanti non solo da calamità naturali (il cui ambito è definibile a priori) ma anche da "eventi eccezionali" (imprevisti e straordinari), dà dunque la misura di quanto il legislatore avesse già pensato

⁸⁰ D.L. 22 marzo 2021, n. 41, *Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19* (21G00049), in G.U. n. 70 del 22 marzo 2021.

⁸¹ V. anche Circolare del 18 giugno 2020, del Dipartimento delle Politiche europee, all'indirizzo <https://www.ba.camcom.it/articoli/allegato/2020/07/doc04295220200710081103.pdf>.

⁸² Applicare una nozione diversa di impresa, oltre ad introdurre una vera e propria deroga ai principi in vigore, creerebbe certamente numerose incertezze in sede di controlli oltre a, evidentemente, creare diffinità applicative del *TF* nei vari Stati membri, vanificando lo sforzo di mantenere una cornice comunque unica (v. in particolare Circolare Assonime, *Decreto Sostegni. Chiarimento nel decreto sulla nozione di impresa prevista dal Quadro temporaneo aiuti di Stato ai fini dell'esonero dal versamento IRAP*).

ad una “clausola di salvaguardia generale”, da attivare al di là delle altre possibili tipologie di esenzione.

Anche la previsione di cui l’art. 107, par. 3, lett. b) – che consente agli Stati di intervenire in casi di “grave turbamento dell’economia”, risponde ad una logica emergenziale che i redattori del Trattato avevano dunque voluto espressamente considerare. Benché in tal caso la Commissione abbia certamente un minimo margine di discrezionalità nella valutazione di compatibilità degli aiuti, tale norma, come si è innanzi evidenziato, ha anch’essa una funzione “rimediale” e può essere attivata solo in presenza di circostanze eccezionali (anche tale disposizione è infatti di rara applicazione).

Quello che dunque appare, è che non sia tanto l’art. 107 TFUE a “cedere” dinanzi alla prevalenza di altre norme o principio di diritto primario a salvaguardia di interessi fondamentali ma sia invece lo stesso art. 107 TFUE a legittimare dal suo interno, e in maniera piena, l’attivazione dei necessari (e già previsti) “anticorpi” per sostenere il mercato europeo (e il suo buon funzionamento) in presenza di eventi particolarmente “anomali”. Anziché una limitazione della sua portata applicativa, l’art. 107 TFUE vede di fatto riacquistare una sua maggiore funzionalità proprio in ragione nell’operatività (eccezionale) di due norme (il par. 2, lett. b) e il par. 3, lett. b)) a portata residuale.

Un secondo elemento riguarda l’ambito di discrezionalità di cui la Commissione gode nella valutazione della compatibilità e dell’adozione di un “approccio economico più preciso”, il quale consente alla Commissione di operare un bilanciamento più oculato tra gli svantaggi (alterazione della concorrenza e pregiudizio agli scambi tra Stati membri) e gli effetti positivi in termini di coesione sociale o di salvaguardia di altri interessi generali⁸³. Ciò vale ad esempio per le misure indicate nell’art. 107, par. 3, lett. c). Vi sono infatti casi in cui l’erogazione di aiuti alle imprese non è considerata come un’eccezione “tolle- rabile”, ma è intesa come un vantaggio vero e proprio per il mercato. Il concetto di “aiuto buono” si coniuga con il mutamento di prospettiva che anche la Corte di giustizia ha voluto evidenziare dal caso *CELF* in poi⁸⁴. E cioè che l’art 108 par. 3 TFUE (l’obbligo di notificare gli aiuti nuovi) non è principalmente volto a evitare l’immissione di aiuti illegali bensì ad impedire che gli Stati erogino aiuti *incompatibili*. Ed è per tale motivo che in quella sentenza la Corte ha ammesso che l’aiuto illegale ma compatibile non debba essere necessariamente recuperato (salvo gli interessi maturati per il periodo dell’illegalità).

In linea generale – e dunque anche in contesti “normali” – il ricorso al criterio dell’“approccio economico più preciso” dimostra come le regole sugli aiuti di Stato possono, pur nell’ambito di un rigido sistema di controllo (amministrativo ed eventualmente giurisdizionale), essere applicate con un certo grado di duttilità in riferimento alla valutazione di compatibilità della Commissione.

In una situazione emergenziale, quale è quella attuale, appare infatti evidente che anche volendo ricorrere ad un bilanciamento tra gli effetti distorsivi ed altri interessi di natura fondamentale (salute, impatto sociale, lavoro, ecc., comunque valutabili nell’ambito dell’art. 107 TFUE), il risultato non può che

⁸³ L’adozione di tale approccio lo si deve allo *State Aid Action Plan* (2005-2009; COM (2005) 107) ed è stato poi precisato nel successivo documento sulla *Modernizzazione degli aiuti di Stato* del 2012 (COM (2012) 209). Si vedano in particolare i punti 21 e 22. Cfr. N. PESARESI-R. PEDUZZI, *State Aid Modernization*, in B. Nascimbene-A. Di Pascale (eds.), *The Modernization of State Aid*, cit., p. 17 ss. Per ulteriori spunti cfr. precedentemente, C. Schepisi (a cura di), *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁸⁴ Corte Giust., 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF*.

condurre alla piena compatibilità delle misure perché certamente vantaggiose. Prima ancora dell'adozione di una strategia diretta a garantire una rapida ripresa economica dei mercati e a mantenere la concorrenza tra le imprese, la priorità è quella innanzitutto di salvare quest'ultime⁸⁵.

A corollario di quanto appena detto, e rimanendo pertanto in una stretta ottica di mercato e di bilanciamento tra gli effetti negativi e quelli positivi, l'erogazione di aiuti di Stato si rivela – in tale specifico contesto – peraltro più pro-concorrenziale rispetto ad altre soluzioni. Ad esempio rispetto a quella di consentire operazioni di concentrazione con maggiore rilassatezza. In assenza di interventi statali, il fallimento di un gran numero di imprese potrebbe infatti condurre in taluni mercati, alla nascita di nuovi monopoli, eventualmente aiutati proprio da operazioni di concentrazione tra imprese, con conseguenti effetti negativi dal punto di vista delle regole antitrust⁸⁶. La ricapitalizzazione delle imprese da parte dello Stato – seppur vista come una *extrema ratio* dato l'alto potenziale distorsivo⁸⁷ – si muove anche in quest'ottica.

In sostanza, anche per tali ultime ragioni, sarebbe la conformazione (interna) dell'art. 107 TFUE a far sì che la gamma di misure considerate potenzialmente compatibili, si modelli e si espanda a seconda delle esigenze, all'interno di una cornice quindi molto più elastica di quel che a prima vista può apparire. L'ambito di discrezionalità di cui gode la Commissione in tale settore può essere apprezzato o criticato a seconda dei momenti o dei punti di vista, ma trova piena legittimità nel Trattato. Ed è proprio in virtù dell'attribuzione di tale ampio "spazio di manovra" che la Commissione ha potuto in tempi rapidissimi e con un'ampiezza senza precedenti, attivare le previste "clausole di salvaguardia". Sotto tale profilo, la stessa adozione del *TF* – e cioè di un atto di *soft law* – testimonia il fatto che la Commissione si sia (volutamente) mossa all'interno della norma dell'art. 107 TFUE, evidenziando, per contro, la necessità di contenere comunque le misure di aiuto entro una cornice generale di garanzia.

Ciò detto, non si può evitare di osservare che l'allentamento delle misure produce conseguenze anche in altri ambiti collegati. Inoltre, l'evidente minor rigore che, nel contesto dell'emergenza sanitaria ed economica, viene riservato al controllo degli aiuti di Stato è comunque frutto dell'effetto combinato di più (o di altri) principi che – nel trovare poi espressione più definita nell'ambito dell'art. 107 – sono alla base stessa del funzionamento dei Trattati.

In senso più ampio, e dunque al di là del contenuto dell'art. 107 TFUE, eventuali deroghe o allentamenti degli obblighi imposti dal Trattato agli Stati

⁸⁵ Come sottolineato dalla Commissione «un sostegno pubblico adeguatamente mirato è necessario per garantire la disponibilità di liquidità sufficiente sui mercati, per contrastare il danno alle imprese sane e per preservare la continuità dell'attività economica durante e dopo l'epidemia di Covid 19» (punto 9).

⁸⁶ Per la stessa ragione le regole sulle concentrazioni non dovrebbero essere allentate; cfr., in senso conforme, C. FUMAGALLI-M. MOTTA-M. PEITZ, *Wich Role for State Aid and Merger Control During and After the Covid Crisis?*, in *Journ. Eur. Comp. Law and Practice*, 2020, p. 294 ss. V. anche A. PEZZOLI-A. TONAZZI, *La sfida della normalità. Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l'intreccio tra monopolio e assistenzialismo?*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, p. 387 ss. Occorrerebbe tuttavia evitare che – al contrario – attraverso ingenti sovvenzioni, le imprese beneficiarie non adottino comportamenti espansivi o strategie di mercato particolarmente aggressive sfruttando il beneficio ottenuto; cfr. sul punto A.E. DRAGOI, *Supporting the EU through Stte Aid during COVID-19 Crisis. A comparative approach*, in <https://ideas.repec.org/a/ntu/ntugeo/vol8-iss1-2-11.html>.

⁸⁷ M. MEROLA-A. COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, cit.

membri potrebbero banalmente trovare anche fondamento nel principio di “leale cooperazione” di cui all’art. 4.3 TUE. Tale norma potrebbe essere letta nel senso di imporre alle istituzioni dell’Unione europea di valutare il duplice obbligo che gli Stati hanno di adottare «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» e di astenersi «da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell’Unione», alla luce del principio di proporzionalità. Tenendo cioè in considerazione tutte le misure che concretamente possono essere adottate dagli Stati e dall’Unione europea per il raggiungimento degli obiettivi di volta in volta previsti e giustificando eventuali restrizioni in quanto adeguate, necessarie e strettamente indispensabili, nel contesto attuale, per far fronte alla grave crisi economica. In tal senso potrebbe essere letta anche il resto della norma: «l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati»⁸⁸.

8. I limiti del Framework: la scarsità delle risorse statali e il rischio di frammentazione del mercato interno

Per quanto l’allentamento della disciplina sugli aiuti di Stato possa essere di estremo ausilio nell’attuale situazione, appare tuttavia chiaro che tale rimedio presenta diversi limiti. Il primo – di immediata percezione – attiene alla generale scarsità delle risorse messe in campo. Le capacità finanziarie degli Stati sono per forza di cose limitate, e certamente lo sono ancor di più nel caso di Paesi fortemente indebitati. Per quanto massicci, gli interventi statali non sarebbero sufficienti, né a compensare adeguatamente i danni sofferti dalle imprese e lavoratori né a garantire una efficace ripresa economica.

Il secondo e ben più importante limite è il rischio di una frammentazione del mercato interno a breve-medio termine. La prima, e banale, ragione è che il *TF* rischia ovviamente di “premiare” gli Stati con più capacità finanziaria (o di indurre taluni – tra i quali l’Italia – ad indebitarsi oltre misura) e di avvantaggiare quindi le imprese con sede in alcuni territori piuttosto che in altri⁸⁹.

Ma vi sono ulteriori aspetti meno scontati da considerare. Pur a parità di capacità finanziaria, l’estensione e l’intensità degli aiuti di Stato potrebbe infatti notevolmente variare dall’uno all’altro Stato membro in relazione ai diversi settori industriali coinvolti e in base a scelte differenti di politica economica interna⁹⁰. Non è dunque detto che imprese del medesimo settore ricevano analo-

⁸⁸ Sul principio di leale cooperazione nel contesto dell’attuale crisi sanitaria ed economica si rinvia da ultimo in dottrina a F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati Membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all’Unione al tempo delle crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; *IDEM*, *EU Loyalty and the Protection of Member State’s National Interests*, in M. VARJU (ed), *Between Compliance and Particularism. Member State Interests and European Union Law*, Springer, Cham, 2019, pp. 49-79; F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell’Unione Europea e Governance Economica Europea*, cit.

⁸⁹ Tale aspetto è stato subito evidenziato dalla dottrina; cfr. *ex multis*, A. BIONDI, *Op-Ed: “State Aid in the Time of Covid-19”*, cit.; A. LAMADRID, *A moment of truth for the EU: A proposal for a State Aid Solidarity Fund in Chilling Competition*, 31 March 2020; M. MOTTA-M PEITZ, *Europa a rischio di un’epidemia di aiuti di Stato*, in *Europa*, 16 aprile 2020; M. MEROLA-A. COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, cit.

⁹⁰ Ogni Paese membro potrebbe decidere di puntare più (nel senso di “aiutare”) su di un

ghi aiuti in Stati differenti pur entrambi dotati di sufficienti risorse finanziarie⁹¹. Occorre, infine sottolineare che la pandemia da Covid-19 ha colpito in maniera distinta i vari Stati membri e che, anche considerando gli Stati più colpiti, la scelta e le modalità delle chiusure e restrizioni non è stata omogenea, con conseguente maggior compressione delle attività economiche (e maggiore necessità di aiuti) laddove il livello di tutela della salute pubblica sia stato innalzato ad un livello più alto⁹².

Ebbene, entrambi i limiti indicati – la corsa alle sovvenzioni da parte degli Stati con più disponibilità finanziarie e la compartimentazione dei mercati nazionali (anche in ragione dei differenti obiettivi di politica economica e di spesa) – coincidono esattamente con i rischi che il Trattato, proprio attraverso l'introduzione di una rigida disciplina sugli aiuti di Stato, ha da sempre inteso combattere.

Il divieto sugli aiuti di Stato – alla pari di altre regole imposte agli Stati in relazione al mercato interno – ha *in primis* l'obiettivo del mantenimento di un *level playing field* tra tutte le imprese operanti nel territorio dell'Unione europea, evitando forme di assistenzialismo statale verso le imprese meno virtuose. Tale disciplina mira tuttavia – e al contempo – ad evitare una concorrenza “sleale” tra gli stessi sistemi statali, anche in ragione delle loro diverse capacità finanziarie, e dunque anche a introdurre una “cornice di garanzia” a tutela degli Stati (e delle relative imprese ivi stabilite) che dispongono di minori risorse finanziarie⁹³.

Il mercato europeo è, del resto, definito dai Trattati come un “mercato interno” proprio in quanto è – o dovrebbe essere – “unico”. Nella sentenza *Schul*⁹⁴, la Corte di giustizia ha precisato che «la nozione di mercato comune (...) mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno»⁹⁵.

comparto produttivo piuttosto che un altro, o potrebbe optare verso la concessione di incentivi a una più vasta platea di operatori ma di importo limitato. Per un'analisi che tiene conto del differente impatto della pandemia da Covid-19 nei vari settori industriali, cfr. in dottrina C. FUMAGALLI-M. MOTTA-M. PEITZ, *Wich Role for State Aid and Merger Control During and After the Covid Crisis?*, cit.; M. MOTTA-M. PEITZ, *State Aid Policies in Responses to the Covid-19 Shock: Observations and Guiding Principles*, in *Leibniz Information Centre for Economics, Forum*, p. 219 ss.

⁹¹ In ogni caso, anche teoricamente ipotizzando che ogni Stato membro, nell'ambito di un'analoga capacità finanziaria, intervenga a sostegno delle imprese nella maniera meno selettiva possibile, una frammentazione del mercato dell'Unione europea sarebbe comunque difficilmente evitabile. Qualunque misura per quanto generale e orizzontale sarebbe in ogni caso circoscritta al proprio territorio nazionale, con conseguenti “discriminazioni” tra l'uno e l'altro Stato e compartimentazioni dei vari mercati nazionali. Si ricorda del resto che anche nel caso di aiuti illegali ed incompatibili il rimedio non è mai l'eventuale estensione dell'aiuto anche a tutte le altre imprese presenti nel territorio ma il recupero dell'aiuto stesso (Corte Giust., 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine*).

⁹² Cfr. anche F. MUNARI-L. CALZOLARI, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall'ennesimo travaglio di un'Unione incompiuta*, cit., specie pp. 23-27.

⁹³ Sono infatti proprio gli Stati più indebitati ad opporsi ad esempio all'innalzamento delle soglie del Regolamento *de minimis*.

⁹⁴ Corte Giust., 5 maggio 1982, causa 15/81, *Schul*.

⁹⁵ Benché nel Trattato compaia solo il riferimento al *mercato interno* (in sostituzione della precedente locuzione di *mercato comune*) si ritiene che le due espressioni, *mercato interno* e *mercato unico*, siano sostanzialmente equivalenti. O quanto meno che l'obiettivo del mercato interno – e cioè che il mercato europeo funzioni come se fosse un mercato interno di uno Stato membro – necessariamente presuppone la realizzazione del mercato unico. Cfr. L. DANIELE,

Non a caso la Commissione, proprio nella parte iniziale del suo documento, tiene infatti a puntualizzare che «*il controllo dell'UE sugli aiuti di Stato garantisce che il mercato interno dell'UE non venga frammentato e che le condizioni di parità rimangano intatte. L'integrità del mercato interno è un altro fattore che contribuisce a una ripresa più rapida. Inoltre, evita pericolose corse alle sovvenzioni, in cui Stati membri con mezzi più ingenti possono spendere più dei loro vicini a scapito della coesione all'interno dell'Unione*»⁹⁶.

Un ulteriore elemento da considerare, probabilmente meno evidente ma di estrema rilevanza, è che le regole poste dal Trattato a tutela del mercato interno e della sua progressiva costruzione non sono scindibili le une dalle altre, ma si condizionano reciprocamente, ed è anche la loro contestuale operatività che garantisce l'*integrità del mercato interno*.

Nella valutazione di compatibilità, ad esempio, la Commissione ha infatti anche l'obbligo di verificare se una misura di aiuto, pur astrattamente compatibile alla luce del solo scrutinio condotto nell'ambito dell'art. 107 TFUE non contrasti invece con altre norme del Trattato⁹⁷. Si pensi ad esempio al classico caso delle esenzioni fiscali o altre agevolazioni concesse solo alle imprese stabilite in un determinato Stato membro.

Un evento eccezionale quale la pandemia, nell'autorizzare, alla luce dell'art. 107 TFUE, l'introduzione di misure selettive e distorsive, potrebbe dunque, e contestualmente, "giustificare" anche restrizioni più ampie ad altre libertà. Proprio nei recenti casi *Ryanair c. Commissione*⁹⁸ (aiuti concessi rispettivamente dalla Svezia e dalla Francia ai vettori con licenza svedese o francese), il Tribunale è stato chiamato a valutare se le misure di aiuto concesse non violassero, da un lato, la libera prestazione di servizi⁹⁹ e, dall'altro, il principio di parità di trattamento sulla base della nazionalità e cioè di fatto l'art. 18, comma 1, TFUE (divieto di discriminazione). Nel caso svedese si trattava di un regime di garanzie sui prestiti alle compagnie aeree titolari di una licenza svedese, e che la Commissione aveva autorizzato ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE, secondo i criteri indicati nel *TF*. Il caso francese riguardava invece una moratoria sul pagamento della tassa di aviazione civile e della tassa di solidarietà sui biglietti aerei, la cui compatibilità era stata valutata alla luce dell'art. 107, par. 2, lett. b) TFUE. Anche in tal caso la misura andava a beneficio solo delle compagnie titolari di licenze dello Stato.

Commento all'art. 26 TFUE, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 534. Giuridicamente non vi sarebbe dunque differenza e prova ne è il riferimento all'una o all'altra espressione in documenti della Commissione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Il ricorso alla dizione mercato unico è forse più esplicativa mediaticamente ed è quella anche più utilizzata dalla Commissione europea nei suoi vari documenti (v. ad es. la Comunicazione del 13 marzo 2020).

⁹⁶ Punto 10.

⁹⁷ Tale ipotesi si verifica ad esempio quando non sia possibile scindere un regime di aiuti dalle sue modalità di finanziamento. Un aiuto che, in considerazione di determinate sue modalità contrasti con altre disposizioni del trattato non può essere dichiarato compatibile (Corte Giust., 22 marzo 1977, causa 74/76, *Iannelli e Volpi*; 22 dicembre 2008, *Société Régie Networks*, cit.; 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania c. Commissione*; 15 giugno 1993, causa C-225/91, *Matra SA c. Commissione*; 21 maggio 1980, causa 73/79, *Commissione c. Italia*).

⁹⁸ Trib., 17 febbraio 2021, *Ryanair c. Commissione* ("licenze svedesi"), cit.; e 17 febbraio 2021, *Ryanair c. Commissione* ("licenze francesi"), cit.

⁹⁹ Il profilo relativo alla libera prestazione dei servizi non è stato esaminato perché, come noto, le norme del Trattato a tutela di tale libertà non si applicano, per espressa disposizione, al settore di trasporti (punto 56). V. anche Corte Giust., 18 marzo 2014, causa C-628/11, *International Jet Management*, punto 36; 25 gennaio 2011, causa C-382/08, *Neukirchinger*.

Riguardo alla censura relativa alla contrarietà all'art. 18 TFUE, il Tribunale ha escluso una violazione di tale norma, fondando il suo ragionamento sul fatto che la stessa vieta ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità nel campo di applicazione dei trattati «*senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste*» (punto 32). Pertanto, secondo il Tribunale, occorre verificare se tale differenza di trattamento fosse consentita, in un caso, alla luce dell'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE, e nell'altro dell'art. 107, par. 3, lett. b), che rispettivamente costituivano la base giuridica delle due decisioni impugnate. In entrambi i casi è stato riscontrato che l'obiettivo del regime di aiuti in questione soddisfaceva i requisiti dell'art. 107 (parr. 2 e 3) e che le modalità di concessione dell'aiuto non andavano al di là di quanto necessario per conseguire tale obiettivo¹⁰⁰. Le misure francesi e svedesi, sono dunque state lette alla luce di due disposizioni (art. 107, par. 2, lett. b) e par. 3, lett. b), TFUE) «attivabili» in situazioni emergenziali e, come tali, «autorizzabili» anche alla luce dell'art. 18 TFUE in quanto necessarie per compensare i danni degli operatori più colpiti o a porre rimedio al grave turbamento dell'economia.

Tanto premesso, è dunque chiaro che un allentamento delle regole sugli aiuti di Stato – del tutto giustificabile in contesti di gravi crisi – riporterebbe invece, qualora prolungato nel tempo, il processo di costruzione del mercato interno indietro di decenni, con ripercussioni quindi non solo sulla concorrenza tra le imprese e sulla loro competitività a livello globale, ma anche su altri obiettivi dell'Unione europea.

9. Gli scenari: il *Recovery Plan* nell'ambito del *Next generation EU*... se l'interesse è davvero comune

A fronte della consapevolezza che la scarsità di risorse da un lato, e l'erogazione massiccia di aiuti statali senza particolari vincoli, dall'altro, sono velocemente in grado di introdurre nuove e profonde distorsioni nel mercato interno, è stata sin da subito evidente la necessità di introdurre altri meccanismi a sostegno dell'economia, nell'ambito di un quadro maggiormente coordinato e tale da consentire il ripristino integrale delle regole a tutela del mercato. Come ricordato dalla stessa Commissione «*l'integrità del mercato interno è un altro fattore che contribuisce a una ripresa più rapida*».

Strumenti quali il SURE¹⁰¹ o gli interventi della BCE¹⁰² o della BEI¹⁰³ stan-

¹⁰⁰ Nella sentenza del Tribunale, causa T-259/20 ("licenze francesi"), ai punti 47-50 si legge: «l'estensione del regime di aiuti in questione a compagnie non stabilite in Francia non avrebbe consentito di conseguire in modo altrettanto preciso e senza rischio di sovra compensazione l'obiettivo di detto regime in quanto [...] l'esigenza di prendere in considerazione il trasporto aereo relativo alla Francia nel suo complesso, nella sua diversità e nella sua durata non sarebbe stata assicurata altrettanto bene adottando i criteri proposti dalla ricorrente [...]. Di conseguenza, concentrando il regime di aiuti in questione su uno dei settori economici maggiormente colpiti dalle conseguenze delle misure di restrizione del trasporto e di confinamento, vale a dire il settore del trasporto aereo, e rivolgendosi, nell'ambito di tale settore, alle compagnie aeree in possesso di una licenza francese, lo Stato membro interessato ha soddisfatto il dettame giurisprudenziale [...]. La Commissione, [...] ha quindi approvato un regime di aiuti volto effettivamente a ovviare ai danni arrecati dall'evento eccezionale costituito dall'insorgenza della pandemia di COVID-19 e dalle misure di restrizione e di confinamento adottate dalla Repubblica francese in reazione alla stessa e che non eccede, nelle sue modalità di concessione dell'aiuto, quanto era necessario per conseguire l'obiettivo di detto regime».

¹⁰¹ *Support to mitigate Unemployment Risks in a Emergency*; regolamento (UE) n. 672/2020

no mitigando solo in parte tali distorsioni, sia per la loro portata in ogni caso limitata (quantitativamente e/o temporalmente), sia perché la loro funzione principale è quella di aumentare la capacità finanziaria e la liquidità dei singoli Stati membri e per interventi nell'ambito dei rispettivi mercati nazionali. In taluni casi – come per gli interventi della BCE, non vincolati ad un impiego determinato delle risorse (a differenza del SURE, o anche ipoteticamente del MES) – una delle conseguenze sarebbe evidentemente quella di sfruttare ancora di più la gamma delle possibilità offerte dal TF, peraltro prorogato sino al 31 dicembre 2021.

Tali meccanismi, nel sopperire (peraltro solo in parte) alla carenza di liquidità degli Stati membri – in particolare di quelli più colpiti – non sono però e in ogni caso idonei per difendere ed assicurare la coesione e «l'integrità del mercato interno».

Allo stesso modo, anche ulteriori strumenti finanziari non sarebbero in grado di evitare il rischio di una frammentazione del mercato dell'Unione europea, se meramente basati su un meccanismo di ripartizione di risorse tra i vari Stati membri e qualora non accompagnati anche dal ripristino integrale delle regole sul mercato interno.

La soluzione che appare più aderente al mantenimento del mercato unico – e quindi allo spirito dei Trattati – è dunque necessariamente quella che, nell'introdurre forme eccezionali di sostegno finanziario, non esaurisca il suo compito nella mera erogazione di risorse ma miri al contempo (e soprattutto) alla realizzazione di una strategia di *interesse comune*, che travalichi esigenze strettamente nazionali e che pertanto rafforzi, e non allenti, una "regia centralizzata", limitando allo stretto indispensabile eventuali deroghe da parte degli Stati e consentendo invece di mantenere e rafforzare le regole a presidio del mercato interno.

Va banalmente e peraltro ricordato che la realizzazione del mercato interno si fonda effettivamente su un "interesse comune", espressione, questa, più volte ricorrente nei Trattati. Solo a titolo di esempio, si può far riferimento all'art. 121 TFUE, secondo cui «gli Stati membri considerano le loro politiche

del Consiglio del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19, in G.U. n. L 159, del 20 maggio 2020. In dottrina, *ex multis*, R. BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da Covid-19: è attuale il principio di solidarietà europea?* in *SidiBlog* del 9 aprile 2020; G. CLAEYS, *The European Union's SURE plan to safeguard employment: a small step forward*, in www.bruegel.org, 20 maggio 2020; A. PITRONE, *Uno strumento di diritto dell'Unione europea per l'occupazione (SURE)*, in *I Post di AISDUE*, II, Sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione", *Annali AISDUE*, ISSN 2723-9969 Covid-19, n. 8, 23 maggio 2020, p. 1; F. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla Pandemia Covid-19 (SURE): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in *Sidiblog*.

¹⁰² Decisione (UE) n. 440/2020 della Banca Centrale europea, *su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica* del 24 marzo 2020, in G.U. n. L 91 del 25 marzo 2020. Cfr. R. SMITS, *Op-Ed: "The European Central Bank's pandemic bazooka: mandate fulfillment in extraordinary times"*, in www.eulawlive.com, 23 marzo 2020; S. CAFARO, *Quale quantitative easing e quale unione europea dopo la sentenza del 5 maggio?*, in www.sidiblog.org; L. LIONELLO, *La BCE nella tempesta della crisi sanitaria*, in www.sidiblog.org, 28 marzo 2020; C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in *I Post di AISDUE*, II, Sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione", n. 5, 16 aprile 2020, p. 39.

¹⁰³ *Pan-European Guarantee Fund*, Banca europea degli Investimenti (BEI) a supporto delle piccole e medie imprese; v. Consiglio Europeo, *Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, 9 aprile 2020.

economiche una questione di *interesse comune* e le coordinano nell'ambito del Consiglio» o all'art. 146 TFUE, ai sensi del quale «Gli Stati membri [...] considerano la promozione dell'occupazione una questione di *interesse comune* e coordinano in sede di Consiglio le loro azioni al riguardo, in base alle disposizioni dell'art. 148», o, ancora, all'art. 197 TFUE che precisa come «l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di *interesse comune*»¹⁰⁴.

La costruzione dell'Unione europea e del suo mercato trovano inoltre fondamento su un altro principio, con il quale l'interesse comune si salda e che è il principio di solidarietà¹⁰⁵.

Il *Next Generation EU*¹⁰⁶, e in particolare, il *Recovery Plan*, sembra effettivamente andare in questa direzione. Il *Next Generation EU*, unitamente al bilancio a lungo termine dell'UE¹⁰⁷, rappresenta, da un lato, il più ingente pacchetto di misure mai finanziato dall'UE (un totale di 1800 miliardi di euro, dei quali 750 miliardi per il *Next Generation EU*) e, dall'altro, attraverso il suo strumento principale, il *Recovery and Resilience Facility Plan*, un ambizioso programma di ripresa guidato, come noto, da due obiettivi fondamentali, la transizione ecologica e la transizione digitale¹⁰⁸, da raggiungere nell'interesse comune.

Il Regolamento, adottato nel febbraio 2021¹⁰⁹, effettivamente esordisce ricordando che «A norma degli articoli 120 e 121 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), gli Stati membri devono attuare la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione [...]. L'articolo 148 TFUE stabilisce che gli Stati membri devono attuare politiche in materia di occupazione che tengano conto degli orientamenti in

¹⁰⁴ In dottrina, *ex multis*, F. WEISS, *Sketching 'Community Interest' in EU Law*, in U. Fastenarth et al (eds.), *From bilateralism to Community Interest: Essay in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 406 ss.

¹⁰⁵ Sul principio di solidarietà, *ex multis*, A. Biondi-E. Dagilytė-E. Küçük (eds.) *Solidarity in EU Law. Legal Principle in The Making*, Edward Elgar, 2018. Sui rapporti tra interesse comune e solidarietà, cfr. in dottrina, G. BUTLER, *Solidarity and its limits for economic integration*, cit., pp. 316-317; M. BLANQUET, *L'Union européenne en tant que système de solidarité: la notion de solidarité européenne*. Anche la Corte di giustizia ha più volte sottolineato il legame tra il concetto di "interesse comune" e solidarietà. Si veda ad esempio Corte Giust. 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 11/1969, *Commissione c. Francia*; 18 marzo 1980, cause riunite cause riunite 154, 205, 206, 226 a 228, 263 e 264/78, 39, 31, 83 e 85/79, *Ferriera Valsabbia*; 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Repubblica Slovacca e Ungheria c Consiglio*.

¹⁰⁶ Il *Next Generation EU* è uno strumento temporaneo per la ripresa da 750 miliardi di euro, che contribuirà a riparare i danni economici e sociali immediati causati dalla pandemia di coronavirus per creare un'Europa post COVID-19 più verde, digitale, resiliente e adeguata alle sfide presenti e future.

¹⁰⁷ Regolamento (UE, Euratom) n. 2093/2020 del Consiglio del 17 dicembre 2020 *che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027*, in G.U. n. L 433 I/11 del 22 dicembre 2020.

¹⁰⁸ Secondo l'art. 3, l'ambito di applicazione del dispositivo fa riferimento alle aree di intervento di pertinenza europea strutturate in sei pilastri: a) transizione verde; b) transizione digitale; c) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con PMI forti; d) coesione sociale e territoriale; e) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine, fra l'altro, di rafforzare la capacità di risposta alle crisi e la preparazione alle crisi; f) politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze.

¹⁰⁹ Regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 *che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*, in G.U. n. L 57 del 18 febbraio 2021, p. 17.

materia di occupazione. *Il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri è pertanto una questione di interesse comune*».

Il fatto che il Regolamento trovi la sua base giuridica sull'art. 175 TFUE dà inoltre conto di quanto il coordinamento tra gli Stati delle proprie politiche economiche sia essenziale per il raggiungimento degli obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale (di cui all'articolo 174 TFUE) ¹¹⁰.

Benché il Regolamento non menzioni espressamente il principio di solidarietà la sua struttura e i suoi obiettivi riflettono tale principio, che si esprime attraverso una forma di indebitamento comune ¹¹¹ e redistribuzione delle risorse tra gli Stati ¹¹², peraltro non soggette al requisito di condizionalità ma subordinate ad una dettagliata programmazione che consenta un effettivo raggiungimento degli obiettivi comuni della transizione verde e digitale.

Nel rispetto di tali obiettivi generali, gli Stati membri che intendono beneficiare dei meccanismi di sostegno finanziario (contributi a fondo perduto e prestiti) devono infatti predisporre, come oramai a tutti noto, i rispettivi Piani Nazionali (PNRR) ¹¹³ e sottoporli alla Commissione per approvazione ¹¹⁴.

Gli aspetti di dettaglio del *Recovery Plan* e relativi programmi e modalità di esecuzione sono poi esplicitati in un altro documento di poco precedente, la Comunicazione *Guidance to Member States Recovery and Resiliency Plans* ¹¹⁵.

Nella Parte I vengono descritti gli obiettivi generali e la coerenza del Piano, mentre la Parte II illustra le modalità delle riforme e degli investimenti, che possono essere combinati tra loro, e riguardo ai quali l'incipit con il quale si apre la Parte III ben sintetizza lo spirito con il quale gli Stati dovrebbero adottare e poi attuare i rispettivi PNRR e conferma pienamente che gli investimenti debbano andare *al di là del perseguimento di puntuali obiettivi a livello nazionale* e rientrare in una strategia di *“collective interest”*. Infatti, «In order to maximise the potential of the different tools supporting the economic recovery, it

¹¹⁰ Considerando n. 1 e 2. L'art. 175 TFUE stabilisce, tra l'altro, che gli Stati membri devono coordinare le proprie politiche economiche al fine di raggiungere gli obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale di cui all'art. 174 TFUE. A norma del medesimo articolo, l'Unione mira in particolare a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite.

¹¹¹ Decisione (UE, Euratom) n. 2053/2020, del Consiglio del 14 dicembre 2020 *relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom*, in G.U. n. L. 424 del 15 dicembre 2020.

¹¹² Cfr. F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione Europea e Governance Economica Europea*, cit.; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati Membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; U. NEERGAARD-S. DE VRIES, *Whatever is necessary ... will done – Solidarity in Europe and the Covid-19 Crisis*; L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *www.rivistaeurojus.it*, 4, 2020, p. 22 ss.

¹¹³ Art. 17, secondo il quale, tra le altre cose «I piani per la ripresa e la resilienza ammissibili al finanziamento a titolo del dispositivo comprendono misure per l'attuazione di riforme e investimenti pubblici, strutturati in un pacchetto completo e coerente, che può anche includere regimi pubblici finalizzati a incentivare gli investimenti privati [...] I piani per la ripresa e la resilienza sono coerenti con le pertinenti sfide e priorità specifiche per paese individuate nell'ambito del semestre europeo, nonché con le sfide e le priorità individuate nell'ultima raccomandazione del Consiglio sulla politica economica della zona euro per gli Stati membri la cui moneta è l'euro. I piani per la ripresa e la resilienza sono inoltre coerenti con le informazioni incluse dagli Stati membri nei programmi nazionali di riforma nell'ambito del semestre europeo, nei piani nazionali per l'energia e il clima, e nei relativi aggiornamenti».

¹¹⁴ Art. 18 ss.

¹¹⁵ Commission Staff working document. *Guidance to Member States Recovery and Resiliency Plans*, SWD (2021) 12 final del 22 gennaio 2021.

will be critical to ensure that *they operate in synergy* and that this is reflected in the different documents. Strong coordination mechanisms need to be established prior to the designing and implementing of reforms and investments under the Facility. In addition, it is in the *collective interest* to make sure that resources are channelled *in such a manner that the level playing field in the Union is ensured*».

10. Recovery Plan, aiuti di Stato, interesse comune e solidarietà

Quali sono le modalità affinché gli investimenti programmati dai singoli Stati possono – nell’ambito dei generali obiettivi della transizione verde e digitale – rispondere concretamente a un “comune interesse” degli Stati membri e dell’Unione europea?

Ebbene, la Parte II, dopo avere brevemente descritto le tipologie e le caratteristiche delle riforme (anche in termini di impatto atteso ed effettività) e degli investimenti si occupa proprio della “*compliance of reforms and investments with EU State aid rules*”.

Che l’attuazione del *Recovery Plan* abbia ricadute sulla disciplina sugli aiuti di Stato certamente non sorprende. Per risorse statali si intendono infatti tutte le risorse che fanno parte del patrimonio dello Stato o che sono nella sua disponibilità ¹¹⁶ comprese quelle provenienti dall’Unione sempre che le autorità nazionali abbiano un potere discrezionale quanto al loro utilizzo ¹¹⁷. Trasferimenti di risorse alle imprese (o, in negativo, rinunce ad entrate statali tramite leve fiscali) sono in ogni caso soggetti al controllo introdotto dagli artt. 107 e 108 TFUE.

È tuttavia di particolare interesse notare che mentre il Regolamento si limita a ricordare che nella predisposizione e attuazione dei Piani nazionali (PNRR) deve essere fatta salva la disciplina sugli aiuti di Stato (cioè in negativo, come vincolo per gli Stati) ¹¹⁸, è la Commissione a dedicare ampio spazio al rapporto tra i PNRR e gli aiuti di Stato, in un’accezione positiva, ed anzi propositiva, ponendo soprattutto l’accento su ciò che gli Stati *possono* fare, e dunque sui benefici, piuttosto che sui limiti.

In tale ottica la disciplina sugli aiuti di Stato non rappresenta unicamente il confine esterno oltre il quale gli Stati non possono andare nella predisposizione e attuazione dei relativi PNRR, ma contribuisce invece, dal suo interno, a

¹¹⁶ Corte Giust., 2 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike*, e 11 marzo 1992, cause riunite da C-78/90 a C-83/90, *Compagnie commerciale de l’Ouest*; 22 dicembre 2008, causa C-333/07, *Société Régie Networks*; 19 dicembre 2013, causa C-262/12, *Association Vente De Colère e a.*; 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia c. Commissione*.

¹¹⁷ Il punto 60 della Comunicazione sulla nozione di aiuto (*Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all’articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea*, 2016/C 262/01, in G.U. n. C 62 del 19 luglio 2016), prevede che «Le risorse provenienti dall’Unione (ad esempio dai fondi strutturali), dalla Banca europea per gli investimenti o dal Fondo europeo per gli investimenti, oppure dalle istituzioni finanziarie internazionali, quali il Fondo monetario internazionale o la Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo, sono considerate come risorse statali se le autorità nazionali hanno un potere discrezionale quanto all’utilizzo di tali risorse (in particolare per la selezione dei beneficiari). Tali risorse non costituiscono invece risorse statali se sono concesse direttamente dall’Unione, dalla Banca europea per gli investimenti o dal Fondo europeo per gli investimenti senza che le autorità nazionali dispongano al riguardo di alcun potere discrezionale (come, ad esempio, i finanziamenti concessi in gestione diretta tramite il programma quadro Orizzonte 2020)».

¹¹⁸ Considerando n. 8 del regolamento.

una più ottimale implementazione delle risorse disponibili per il raggiungimento di obiettivi comuni, quali la transizione verde e digitale. È infatti innegabile che tale disciplina (in quanto consente di per sé di adeguare la valutazione della Commissione in rapporto agli obiettivi e/o alle necessità del mercato) rappresenta una leva di politica economica, e uno strumento di ri-orientamento delle risorse verso obiettivi considerati prioritari e di “comune interesse”.

È ovviamente nelle mani della Commissione la ricerca del punto di equilibrio ottimale tra controllo rigoroso sugli aiuti illegali ed elasticità dei parametri di compatibilità di un aiuto, equilibrio che nella cornice del *TF* era spostato verso maggiori deroghe e allentamenti dei vincoli, ma che nell’ambito del *Recovery Plan* non può, seppur con tutti i dovuti accorgimenti, che ricollocarsi al centro.

Poiché – come più volte ripetuto – la disciplina sugli aiuti di Stato è funzionale all’integrità del *mercato interno* (in quanto “cornice di garanzia”), un’erosione di tale disciplina non sarebbe in linea con il “*collective interest*” e non consentirebbe il successo di un piano di ripresa. Ma soprattutto sarebbe contrario all’altro principio al quale l’interesse comune saldamente si lega, il principio di solidarietà, che è come già rilevato uno dei principi fondamentali sui quali si basa l’istituzione del meccanismo del *Recovery Plan*¹¹⁹.

Ed allora, volendo chiudere il cerchio vale la pena ricordare che è proprio il settore degli aiuti di Stato a costituire – oltre a quelli già menzionati prima – uno degli ambiti nei quali il Trattato menziona espressamente, il *comune interesse*. Che è considerato *re ipsa* – già si è visto – quando gli aiuti siano diretti a porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro (art. 107, par. 3, lett. b), TFUE). Ma che deve guidare la Commissione nella valutazione di compatibilità di altre categorie di misure indicate nell’art. 107, par. 3, lett. a)¹²⁰, e c) TFUE le quali, appunto, non debbono alterare le condizioni degli scambi e della concorrenza nell’Unione in misura contraria al *comune interesse*¹²¹.

Inoltre, non appare casuale che è proprio riguardo ad una questione collegata alla materia degli aiuti di Stati (e agli squilibri della bilancia dei pagamenti) che in epoca antichissima, nella sentenza *Commissione c. Francia*, del 1969¹²² veniva fatto uno dei primissimi riferimenti sia al principio di *solidarietà* che all’*interesse comune*¹²³. Nella fattispecie la Commissione aveva ritenuto che «un tasso di sconto preferenziale all’esportazione, concesso da uno Stato a favore dei soli prodotti nazionali esportati, onde renderli concorrenziali negli altri Stati membri nei confronti dei corrispondenti prodotti interni, costituisce un aiuto ai sensi dell’articolo 92 [ora art. 107]»¹²⁴. Ritenendo che la con-

¹¹⁹ Cfr. In dottrina F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell’Unione Europea e Governance Economica Europea*, cit., p. 346; F. COSTAMAGNA-M. GOLDMANN, *Constitutional Innovation, Democratic Stagnation? The EU Recovery Plan*, in www.verfassungsblog.de, 30 May 2020.

¹²⁰ Si tratta degli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche.

¹²¹ Come inoltre sarà più ampiamente illustrato alla fine, ai sensi dell’art. 107 par. 3, lett. b) la Commissione può inoltre considerare compatibili gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di *comune interesse* europeo.

¹²² Corte Giust. 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 11/1969, *Commissione c. Francia*.

¹²³ All’interesse comune la Corte ha poi fatto particolare riferimento anche in altri casi riguardanti la materia degli aiuti di Stato (Corte Giust., 22 dicembre 2008, *Société Régie Networks*, cit., causa C-425/07, *AEPI c. Commissione*; Trib., causa T-229/05, *AEPI c. Commissione*; causa T-348/04, *SIDE c. Commissione*).

¹²⁴ Punti da 18 a 24.

cessione di un aiuto di Stato costituisse una “misura unilaterale” contraria agli obblighi imposti agli Stati dal Trattato, la Corte di giustizia aveva precisato che «Benché, a norma dell’art. 104 del trattato, gli Stati membri debbano garantire l’equilibrio «della loro bilancia globale dei pagamenti» e la costante fiducia nella rispettiva moneta, tuttavia gli artt. 105 e 107 impongono loro l’obbligo di coordinare a tale scopo le loro politiche economiche e di considerare le loro politiche dei cambi come un problema *d’interesse comune*. Gli artt. 108, n. 3, e 109, n. 3, conferiscono alle istituzioni comunitarie poteri di autorizzazione e d’intervento che non avrebbero senso se gli Stati membri, col pretesto che la loro azione rientra unicamente nella politica monetaria, potessero derogare unilateralmente, e al di fuori del controllo di dette istituzioni, agli obblighi loro derivanti dalle disposizioni del trattato».

Gli obblighi a cui si vincolano *solidariamente* gli Stati sono tuttavia strettamente funzionali, come ricorda la Corte, ai vantaggi. Infatti «*La solidarietà*, che sta alla base di questi obblighi come pure del sistema comunitario nel suo complesso [...] trova un corollario, a *vantaggio degli Stati*, nella procedura di mutua assistenza di cui all’articolo 108, prevista per il caso di grave minaccia di squilibri nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro. L’esercizio dei poteri che gli Stati si sono riservati non può quindi giustificare l’adozione unilaterale di misure vietate dal trattato»¹²⁵.

In chiave più moderna, e cioè nell’ottica del *Next Generation EU* e del *Recovery Plan* il *principio di solidarietà* e il *comune interesse* consentono dunque agli Stati di trarre vantaggio dall’ingente iniezione di finanziamenti e concessione di prestiti agevolandoli in una rapida ripresa economica, ma esigono al contempo la condivisione di oneri e soprattutto il rispetto delle norme del Trattato a tutela del mercato interno, evitando fughe unilaterali. Nell’esigere che gli Stati membri rispettino la disciplina sugli aiuti di Stato il principio di solidarietà si salda dunque perfettamente con il principio di leale cooperazione tra Stati membri¹²⁶.

11. *Recovery Plan* e aiuti di Stato: obiettivi strategici comuni e progetti di comune interesse europeo

La seconda domanda è allora: in che modo è possibile coniugare al meglio la disciplina sugli aiuti di Stato con il *Recovery Plan*?

Tre ci sembrano gli aspetti che meritano di essere indicati.

Il primo è che la Commissione, oltre a esplicitare, nella sua Comunicazione

¹²⁵ Punti 18-19. V. anche Corte Giust. 7 febbraio 1973, *Commissione c. Italia*, causa 39/72, punto 24-25. Sul principio di solidarietà, v. anche Corte Giust. 7 febbraio 1979, *Commissione c. Regno Unito*, causa 128/78, punto 12, secondo cui «nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l’obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l’equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l’uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto [dell’Unione] e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini (...); questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l’ordinamento giuridico [dell’Unione]».

¹²⁶ Sui rapporti tra i due principi, cfr. F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell’Unione Europea e Governance Economica Europea*, cit.; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati Membri e Unione Europea*, cit., in particolare p. 95 ss.; IDEM, *EU Loyalty and the Protection of Member State’s National Interests*, cit.

di accompagnamento al *Recovery Plan*, le linee generali di funzionamento del nuovo meccanismo, ha adottato una seconda Comunicazione con “istruzioni” – *Practical guidance to Member States for a swift treatment of State aid notifications in the framework of the Recovery and Resilience Facility*¹²⁷ – e 13 ulteriori e dettagliate Comunicazioni (delle quali 7 in ambito ambientale ed energetico e le altre 6 nella digitalizzazione), che nell’indicare l’ambito di manovra nel quale gli Stati possono muoversi, illustra di fatto il contenuto e gli obiettivi di quelli che sono i due assi portanti del *Recovery Plan* e cioè la transizione verde e la transizione digitale¹²⁸.

Con uno schema simile a tutte le comunicazioni, la Commissione ricorda i) quali misure non costituiscono misure di aiuto di Stato, ii) quali misure, pur costituendo aiuti di Stato, non sono soggette all’obbligo di notifica (ad esempio perché rientranti nel *de minimis*) e iii) quali altre devono essere notificate. Per queste ultime la Commissione illustra nel dettaglio i criteri di valutazione di compatibilità, ai sensi dell’art. 107, par. 3, lett. c), TFUE.

Il secondo aspetto è che, per parte sua, la Commissione sta anticipando al 2021 la revisione di diversi “Orientamenti sugli aiuti di Stato” in alcuni ambiti prioritari (transizione verde e digitale. Alcune discipline (come le norme sugli aiuti di Stato per ambiente ed energia) hanno infatti impatto diretto anche per il *Green Deal*¹²⁹. Entro l’anno si aspettano dunque nuove le nuove linee guida in materia ambientale ed energetica ma anche sugli aiuti regionali, gli aiuti a ricerca, sviluppo e innovazione (RDI), gli investimenti con capitale di rischio, gli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione. La Commissione, dopo averne esteso l’efficacia temporale, sta inoltre procedendo con la revisione del GBER e del Regolamento *de minimis*.

Ma è il terzo profilo che merita davvero particolare attenzione in un’ottica di “comune interesse”. È l’invito rivolto agli Stati, ed espressamente contenuto nella Comunicazione di accompagnamento al *Recovery Fund*, ad impegnarsi in Progetti transfrontalieri/multilaterali (“*Cross-border and multi-country projects*”) o di *comune interesse europeo*. Tali progetti sono considerati strategici per la ripresa e un approccio multilaterale ben si presta per i quello Networks trans-europei sul trasporto ed energia, settori della digitalizzazione, energie rinnovabili, corridoi 5G¹³⁰. Ma le iniziative possono andare anche oltre gli in-

¹²⁷ In tale atto la Commissione annuncia subito che la valutazione degli aiuti di Stato che riguardano l’attuazione dei PNRR verranno esaminati con un ordine di priorità.

¹²⁸ Si tratta in parte di linee guida in materia energetica: i) *Guiding template: Energy and hydrogen infrastructure*. ii) *Investment/operating aid for energy from renewable sources, including renewably sourced hydrogen production*; iii) *District heating/cooling generation and distribution infrastructure*; iv) *Energy efficiency in buildings*; v) *Electric recharging stations and hydrogen stations for road vehicles*; vi) *Premiums for the acquisition of zero- and low-emission road vehicles*; vii) *Other low emission transport modes – rail and inland waterway (rail infrastructure, transshipment terminals, rail maintenance workshops, acquisition / retrofitting of rail rolling stock and acquisition/retrofitting of inland waterway fleet) and short-sea shipping (aid for the launching of short-sea shipping services)*. Riguardo invece alle misure per la transizione digitale, vengono indicate le seguenti: i) *Measures to support the deployment and take-up of fixed and mobile very high capacity networks, including 5G and fibre network*; ii) *Digitalisation of public administration, including healthcare*; iii) *Innovative processors and semiconductors technologies*; iv) *Digitalisation of news media*; v) *Cloud capabilities*; vi) *Upgrading education and training, including digital skills and relevant connectivity*. Tutte reperibili sul sito della Commissione.

¹²⁹ Comunicazione della Commissione *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640 final dell’11 dicembre 2019.

¹³⁰ La Commissione precisa in particolare: «Member States should indicate if reforms or investments contribute to any cross-border and multi-country projects. Such projects are essential

vestimenti sulle infrastrutture a comprendere progetti di più larghe vedute (sullo sviluppo dell'idrogeno pulito, micro processori, batterie, il *Cloud* e nuove tecnologie digitali, ecc.).

Gli Stati possono collegare tali progetti ad altre iniziative promosse dall'Unione europea o agire nell'ambito di progetti già promossi a livello europeo (*InvestEU, Horizon Europe, Creative, il Single Market Programme*).

Uno degli schemi che può essere utilizzato è proprio previsto nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato, all'art. 107 par. 3, lett. b), e cioè gli *"Importanti Progetti di comune interesse Europeo"* (IPCEI). Si tratta di un'altra disposizione "dimenticata" e poco utilizzata nella prassi. Sulla base delle linee guida (le uniche) adottate nel 2014¹³¹, e che sono tutt'ora in vigore, obiettivo di tali progetti sarebbe quella di favorire la partecipazione pubblico-privato nelle predisposizione di progetti transnazionali da attuare con un minimo di Stati partecipanti. In applicazione di tale norma, un esempio virtuoso è ad esempio costituito dal progetto comune di ricerca e innovazione nel settore della microelettronica (2018) ed al quale partecipano Francia, Germania, Italia e Regno Unito¹³². Nel 2019 la Commissione ha approvato un altro progetto a cui partecipa l'Italia (insieme a Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Polonia e Svezia) per sostenere la ricerca e l'innovazione nel settore prioritario comune europeo delle batterie¹³³. Il più recente – che coinvolge l'Italia – è invece quello pubblicato nella primavera del 2001 sul sito del MISE (*Invito a manifestare interesse per un Importante Progetto di Interesse Comune Europeo (IPCEI) nella catena strategica del valore delle infrastrutture e Servizi Cloud*¹³⁴).

La rilevanza di tali progetti è particolarmente tangibile nel settore dell'innovazione. La Commissaria Vestager infatti sottolineò il rilievo che assume «l'iniziativa di governi europei che insieme decidono di sostenere importanti progetti di comune interesse europeo *in situazioni in cui il mercato, da solo,*

for the recovery and to strengthening Europe's resilience and are of a particular relevance for the flagship initiatives; they have the potential to better integrate value chains and deepen the Single Market. Member States can decide for example to include investments on cross-border projects in the digital, transport, energy or waste sectors (i.e. infrastructure projects implementing the Trans-European Transport and Energy Networks, fast-tracking long distance recharging/refueling infrastructure for zero- and low-emissions propulsion, Single European Sky and European Rail Traffic Management System, energy interconnections in the context of the Energy Union (including cross-border renewable projects), 5G corridors on roads and railways in the context of EU's Digital Strategy). If so, Member States should indicate it clearly in their recovery and resilience plans, and coordinate the preparation of their plans with the Member States that would be affected by the cross-border or multi-country project. This can for example cover rail infrastructures, common digital infrastructures or the integration of energy grids or systems or use part of their non-repayable contribution through the Renewables Energy Financing Mechanism, 5G corridors and/or cooperation mechanisms on renewables».

¹³¹ *Criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo* (2014/C 188/02) in G.U. n. C 188 del 20 giugno 2014; v. anche la Decisione della Commissione del 30 gennaio 2018, *che istituisce il Forum strategico per importanti progetti di comune interesse europeo* (2018/C 39/03).

¹³² Reperibile all'indirizzo <https://assodel.it/microelettronica-lue-da-lok-a-un-progetto-con-giunto>. La Commissaria Vestager ha in particolare precisato che «La microelettronica è presente in quasi tutti i dispositivi elettronici di cui ci serviamo quotidianamente: telefonini, computer, lavatrici, macchine. L'innovazione nel settore della microelettronica può aiutare l'Europa intera a compiere enormi progressi in materia di innovazione».

¹³³ SA.54793 (Belgio), SA.54801 (Germania), SA.54794 (Francia), SA.54806 (Italia), SA.54808 (Polonia), SA.54796 (Svezia) e SA.54809 (Finlandia).

¹³⁴ Al sito <https://www.mise.gov.it/index.php/it/213-normativa/notifiche-e-avvisi/2042152-ipce-i-infrastrutture-e-servizi-cloud-invito-a-manifestare-interesse>.

non è disposto a rischiare. Ed è per questo motivo che, per agevolare il loro compito, abbiamo istituito norme speciali in materia di aiuti di Stato che permetteranno di realizzare progetti di ricerca e innovazione rischiosi e pionieristici, garantendo al contempo che i loro benefici siano largamente condivisi e non si ripercuotano negativamente sulla concorrenza in Europa. In tal modo, l'innovazione finanziata con il denaro dei contribuenti andrà realmente a beneficio dei cittadini europei». Gli IPCEI, inoltre «*favoriscono la cooperazione tra autorità pubbliche e industrie di diversi Stati membri* per la realizzazione congiunta di ambiziosi progetti di innovazione con ricadute positive per i settori industriali e le regioni. L'aiuto approvato garantirà che questo importante progetto *possa essere realizzato senza falsare indebitamente la concorrenza*».

Data l'importanza strategica degli IPCEI, ed in vista dell'attuazione del *Recovery Plan* la Commissione sta accelerando, la revisione già programmata delle vecchie linee guida, ed ha adottato una nuova bozza di Comunicazione¹³⁵ (attualmente in consultazione) per adeguarla agli obiettivi del *Green Deal* e della transizione verde e digitale comunque richiesta dal piano del *Next Generation EU*.

Come infatti espressamente evidenziato nel Considerando n. 4 «Gli importanti progetti di comune interesse europeo possono sostenere tutte le politiche e le azioni finalizzate al conseguimento di obiettivi europei comuni, segnatamente il *Green Deal* europeo, la strategia digitale, la nuova strategia industriale per l'Europa e *Next Generation EU*, quali quelle provocate dalla pandemia di COVID-19, nonché sostenere gli sforzi per il rafforzamento della resilienza sociale ed economica dell'UE».

Quello che dunque appare è che soprattutto attraverso forme avanzate di cooperazione tra Stati che sarà possibile raggiungere più rapidamente determinati obiettivi quali in particolare la transizione digitale e verde che per forza di cose trascendono i singoli confini nazionali. In tale ottica i progetti di interesse comune contribuiscono enormemente a ripristinare e consolidare all'integrità del mercato interno, che è poi il fondamento di una rapida ripresa economica come affermato più volte dalla Commissione.

12. Conclusioni

A un anno dall'inizio della pandemia da Covid-19, il bilancio che può essere tratto dagli interventi da parte dell'Unione europea nell'ambito della disciplina sugli aiuti di Stato non può che essere positivo. In poco meno di 12 mesi si è infatti passati dal *TF* al Regolamento, già entrato in vigore, che istituisce il *Recovery Plan*. Considerata la differente situazione (almeno inizialmente) tra i diversi Stati membri per quanto riguarda l'impatto economico della pandemia e le ritrosie di molti Stati a predisporre e avvalersi di "risorse comuni", il risultato raggiunto rappresenta effettivamente il massimo a cui l'Europa e gli Stati membri (o gran parte di essi) avrebbero potuto aspirare.

Il *TF*, ancora in corso sino al 31 dicembre 2021 si sta dimostrando uno strumento molto agile che ha consentito, come detto all'inizio, alla Commissione di

¹³⁵ Criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo. Si veda anche la Comunicazione di accompagnamento *Explanatory note accompanying the public consultation on the review of the IPCEI Communication*.

adottare in maniera rapidissima già 500 decisioni positive alla data del 31 marzo 2021. Come si è potuto notare, anche per le misure volte a “ristorare” i danni diretti o indiretti, gli Stati hanno di gran lunga preferito ricorrere all’art. 107, par. 3, lett. b) (o agli strumenti del *TF* che comunque facevano riferimento a tale base giuridica).

Il mantenimento di una cornice – il *Framework* appunto – ha consentito di evitare che gli Stati andassero in ordine sparso contenendo quelli con più ingenti capacità finanziaria ed impedendo che talune misure potessero introdurre eccessive distorsioni nel mercato. Un limite fermo che la Commissione ha introdotto – e che avrebbe eccessivamente frammentato il mercato – è stato, ad esempio, quello di vietare che le misure fossero subordinate alla «delocalizzazione di un’attività produttiva o di un’altra attività del beneficiario da un altro paese situato all’interno dello SEE verso il territorio dello Stato membro che concede l’aiuto. Tale condizione sembrerebbe avere degli effetti particolarmente pregiudizievoli per il mercato interno. Ciò vale indipendentemente dal numero di posti di lavoro effettivamente perduti nel luogo iniziale di stabilimento del beneficiario nel SEE». Provvedimenti di tale genere avrebbero creato disparità di trattamento e introdotto possibili ulteriori restrizioni ad altre libertà protette dal Trattato.

L’importanza del *TF* va in ogni caso oltre al suo ambito, sia per gli effetti (tal volta necessariamente distorsivi) che ha prodotto sul mercato interno e sulle altre libertà e sia per aver anticipato, specie in talune parti, alcune finalità del *Recovery Plan*. Traspare infatti già nel *TF* l’esigenza di orientare le risorse alla luce della transizione verde e digitale. La Commissione ha ad esempio rimarcato che «l’applicazione mirata e proporzionata del controllo degli aiuti di Stato dell’UE» nel consentire alle imprese di riprendersi dalla situazione attuale, tiene conto «di quanto sia importante la duplice *transizione verde e digitale* conformemente agli obiettivi dell’UE»¹³⁶. Le grandi imprese «devono illustrare in che modo gli aiuti ricevuti sostengono le loro attività in linea con gli obiettivi dell’UE e gli obblighi nazionali in materia di *trasformazione verde e digitale*, compreso l’obiettivo della neutralità climatica entro il 2050»¹³⁷ e «in tale contesto, la Commissione osserva che elaborare misure di sostegno nazionali che permettano di conseguire gli obiettivi politici dell’UE relativi alla *trasformazione verde e digitale* delle economie degli Stati membri consentirà una crescita più sostenibile a lungo termine e promuoverà la *trasformazione verso l’obiettivo della neutralità climatica*, concordato nell’UE, entro il 2050»¹³⁸. Tale esigenza è stata ulteriormente ribadita e dettagliata in occasione delle varie modifiche apportate al *TF*. Precisazioni ulteriori sono infatti contenute riguardo alle misure di ricapitalizzazione¹³⁹.

Nonostante tali pregi il *TF* non può che esaurire il suo compito in un arco di tempo il più possibile circoscritto. Un eccessivo allentamento del rigore nel

¹³⁶ Punto 10.

¹³⁷ Punto 44.

¹³⁸ Punto 45.

¹³⁹ Al punto 85 si legge: «i *beneficiari* di una ricapitalizzazione COVID-19 diversi dalle PMI pubblicano informazioni sull’uso dell’aiuto ricevuto [...]. Questo comprende, in particolare, informazioni su come tale uso sostiene le loro attività in linea con gli obiettivi UE e gli obblighi nazionali legati alla *trasformazione verde e digitale*, compreso l’obiettivo UE di conseguire la neutralità climatica entro il 2050 (punto 83). La Commissione valuterà se le azioni previste nel piano di ristrutturazione garantiscano la redditività del beneficiario, anche in considerazione degli obiettivi dell’UE e degli obblighi nazionali legati alla *trasformazione verde e digitale*».

controllo degli aiuti di Stato da parte della Commissione potrebbe rischiare infatti – a lungo andare – di creare davvero una vera e propria frammentazione del mercato interno. La disciplina sugli aiuti di Stato, che per espressa dizione del Trattato si fonda su un *comune interesse* – è infatti volta ad evitare non solo una concorrenza falsata tra le imprese ma anche un *level playing field* tra gli Stati membri.

La soluzione offerta dal *Next Generation EU* – e in particolare del *Recovery Plan* – non può dunque che essere accolta con grande favore. Non solo per le ingenti risorse che verranno destinate ai singoli Stati ma soprattutto per l'idea che tali risorse siano gestite per obiettivi comuni, i quali data la loro caratteristica transnazionale – esigono risposte necessariamente congiunte, in un'ottica realmente improntata al principio di solidarietà e nel dovuto rispetto delle regole del mercato interno.

Sotto tale profilo, dunque la disciplina sugli aiuti di Stato – nel suo duplice ruolo di mantenimento di una “cornice di garanzia” per il mercato interno e di guida per gli Stati verso gli obiettivi della transizione verde e digitale – costituisce indubitabilmente uno strumento fondamentale per la (ri)costruzione del mercato europeo, rappresentando perciò un ulteriore importante tassello non solo per la realizzazione di interessi comuni ma soprattutto per il rafforzamento (politico e giuridico) della solidarietà tra Stati membri.

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito

Judicial review of sanctions by independent authorities: the reliability of technical choices between legality and merit

di **Francesco Sclafani***

ABSTRACT

Dopo una breve analisi dei diversi modelli di sindacato, del giudice ordinario e del giudice amministrativo, sui provvedimenti sanzionatori dalle autorità amministrative indipendenti, l'articolo si concentra in particolare sull'evoluzione dell'intensità del controllo del giudice amministrativo sulle scelte tecniche delle autorità. Nella giurisprudenza più recente sembra emergere la tendenza ad estendere il sindacato sulla ragionevolezza verso un controllo che consenta di mettere in discussione una scelta tecnica "ragionevole" quando essa non è "la più" ragionevole. L'autore analizza gli aspetti positivi di questa evoluzione sottolineando però che essa non significa che i giudici possano sostituirsi alla valutazione tecnica delle autorità perché anche in materia sanzionatoria le scelte tecniche non possono essere giudicate attraverso un sindacato di tipo sostitutivo.

Parole Chiave: Autorità indipendenti – Sanzioni, sindacato giurisdizionale – Scelte tecniche – Discrezionalità – Merito

The article deals with the judicial review of sanctions issued by independent administrative authorities and the different approach of Civil and Administrative Courts in providing judicial protection. The study focuses on the evolution of the judicial control of the Administrative Courts on the technical choices of the authorities. According to the most recent case law, judges seem to be extending the usual control on the reasonableness of the technical choice allowing the questioning of a "reasonable" choice when it is not "the most" reasonable. The author analyses the positive aspects of this evolution but argues that it does not imply that the judges may replace the authorities' technical assessment because the judicial review, also with regards to sanctions, cannot ever result in substitution checks.

Key Words: Independent authorities – Sanctions – Judicial review – Technical choices – Discretion – Merit

* Avvocato dello Stato.

SOMMARIO: 1. Due modelli di sindacato giurisdizionale su provvedimenti sostanzialmente simili. – 2. Il perché della giurisdizione del giudice amministrativo. – 3. Le peculiarità del rapporto tra le autorità indipendenti e il giudice amministrativo. – 4. L'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo verso una sempre maggiore incisività. – 5. Le buone ragioni del "sindacato di maggiore attendibilità" e la sua compatibilità col principio di separazione dei poteri. – 6. La cosiddetta giurisdizione di merito sulle sanzioni.

1. Due modelli di sindacato giurisdizionale su provvedimenti sostanzialmente simili

La scelta legislativa di affidare al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti sanzionatori di tutte le autorità amministrative indipendenti è stata annullata in parte qua dalla Corte Costituzionale che ha "restituito" al giudice ordinario la competenza di decidere sui provvedimenti sanzionatori emessi dalla Consob e dalla Banca d'Italia¹. Tuttavia, ciò non è avvenuto per ragioni inerenti al merito della scelta, bensì perché, secondo la Consulta, il legislatore ha oltrepassato i limiti della delega contenuta nell'art. 44 legge n. 69/2009 per non essersi attenuto, come prescritto dalla delega stessa, alla precedente "*giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori*" che attribuiva al giudice ordinario la competenza su tali provvedimenti.

Quindi, oggi abbiamo due giurisdizioni che si occupano del potere sanzionatorio nel diritto pubblico dell'economia (il giudice ordinario per la Consob e la Banca d'Italia ed il giudice amministrativo per tutte le altre autorità indipendenti) e questo non è un bene perché tale duplicità può determinare difformità nel controllo giurisdizionale di potestà amministrative sostanzialmente simili che non v'è ragione di attribuire a diversi modelli di sindacato.

Considerato che il giudice ha sempre l'ultima parola², e che in una materia di così elevata complessità tecnica, economica e giuridica svolge un ruolo in-

¹ Corte Cost. nn.162/2012 e 42/2014. In dottrina non sono mancate critiche a tali decisioni: M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni* in *Giur comm.*, 2012, p. 1168; F. MERUSI, *A volte ritornano ... il correttivo del correttivo del Codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it* fino ad affermare che si sarebbe trattato di una scelta di politica del diritto, "sollecitata" dalle due autorità "interessate" ed avallata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (S. AMOROSINO, *Effettività della tutela, giurisdizione ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob* in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, luglio-settembre n. 3/2019); W.F. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, n. 1/2018, p. 33.

² Il sindacato giurisdizionale ha un ruolo da protagonista nel diritto pubblico dell'economia per almeno tre ragioni: 1) è l'unica forma di controllo sui provvedimenti delle autorità indipendenti e quindi fa da contrappeso alla loro carenza di legittimazione democratica e consente di rispondere alla famosa domanda "*chi controlla i controllori del mercato?*"; 2) i provvedimenti delle autorità indipendenti coinvolgono interessi di grande rilevanza sociale ed economica che difficilmente si acquietano di fronte alle loro decisioni, per cui il contenzioso non è avvertito come una patologia eventuale ma come una sorta di fase post-procedimentale, come se il rapporto imprese-autorità si articolasse in due momenti di confronto: prima il procedimento e poi il processo; 3) si tratta di provvedimenti con un alto tasso di discrezionalità e di complessità tecnica come tali vulnerabili perché particolarmente esposti al sindacato sull'eccesso di potere. È sempre stato avvertito come un nervo scoperto da ambo le parti: da un lato le imprese si lamentano perché la riserva di merito sulle scelte delle autorità non consente un sindacato penetrante e pienamente satisfattivo del loro diritto d'impresa, dall'altro le autorità lo avvertono a volte come un attentato alla loro competenza tecnica e persino alla loro indipendenza.

cisivo nella dinamica delle fonti del diritto, si tratta di un assetto che incide in modo rilevante sulla *governance* dei mercati in quanto la potestà sanzionatoria è un importante strumento di condizionamento delle imprese che si affianca ai provvedimenti di regolazione di cui peraltro garantisce l'*enforcement*.

L'esercizio di tale funzione amministrativa passa attraverso valutazioni tecniche di elevata complessità di fronte alle quali il giudice è chiamato ed esercitare un controllo non facile.

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato il tema dell'incisività del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche è sempre stato oggetto di particolare attenzione ma negli ultimi mesi è tornato alla ribalta attraverso l'elaborazione di quello che potrebbe essere considerato un nuovo e più incisivo modello di controllo di tipo intrinseco, definito "*di maggiore attendibilità*", che si accompagna ad un più frequente ricorso a verificazioni indipendenti e consulenze tecniche.

Questo passo in avanti, peraltro controverso³, ha anche ravvivato il dibattito riguardo alla portata e all'estensione della giurisdizione di merito sulle sanzioni delle autorità indipendenti prevista dall'art. 134 c.p.a. stanti i vincoli derivanti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal principio di *full jurisdiction*⁴.

³ La sentenza che ha introdotto il "*sindacato intrinseco di maggiore attendibilità*" è Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019 ma le argomentazioni in essa contenute non sono state condivise dalla giurisprudenza successiva della stessa Sezione (sentenza 4 giugno 2020, n. 3501): "(...) *relativamente all'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità antitrust, il Collegio ritiene di dare continuità all'indirizzo giurisprudenziale che, pur affermando la necessità di un sindacato di attendibilità tecnica, implicante un diretto accesso ai fatti del giudizio e un controllo sulla qualificazione giuridica degli elementi di natura economica rilevanti per l'integrazione della fattispecie illecita – con conseguente sindacato del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione – non consente di sostituire la valutazione giudiziale a quella amministrativa. In particolare, qualora ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità abbia dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943). Trattasi di un modello di sindacato giurisdizionale coerente con quello affermato a livello sovranazionale, tenuto conto che anche la Corte di Giustizia, pur riconoscendo la competenza del giudice europeo a controllare la qualificazione giuridica di dati di natura economica operata dalla Commissione, ha precisato come non sia ammissibile la sostituzione della valutazione giudiziale a quella della Commissione, la quale ha in materia competenza istituzionale. L'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale richiedono, comunque, pure in ambito unionale la necessità che il giudice non soltanto verifichi l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche accerti se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti, che devono essere presi in considerazione per la valutazione di una situazione complessa e se siano idonei a corroborare le conclusioni che ne sono tratte (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 settembre 2014, in Causa C 67/13 P, Groupement des cartes bancaires, punto 46). (...) Infine, la discrezionalità tecnica esercitata dall'Autorità, come precisato nell'esame del primo motivo di impugnazione, non può ritenersi soggetta ad un sindacato giudiziale sostitutivo, dovendo il giudice limitarsi a verificare se la risposta fornita dall'Autorità nella "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati e nel loro raffronto con i fatti accertati rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943)".*

⁴ Cfr. R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 2013, p. 340 ss.; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice*

A fronte di questi sviluppi della giurisprudenza amministrativa non si riscontra un'analoga evoluzione nella giurisprudenza civilistica dove il tema dell'incisività del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche non sembra aver suscitato la stessa attenzione. Inoltre, secondo alcuni osservatori il sindacato del giudice civile appare ispirato ad un modello teoricamente intrinseco ma in realtà sostanzialmente estrinseco e formale⁵, che sarebbe espressione di un maggiore *self-restraint* nei confronti delle valutazioni tecniche delle autorità⁶.

Il che è evidentemente un paradosso se si considera che la tutela offerta dal giudice ordinario, basata sul rapporto e non sull'atto, è sempre stata ritenuta più incisiva di quella offerta dal giudice amministrativo ritenuto, anche per provenienza dei suoi componenti, più vicino alla pubblica amministrazione e maggiormente rispettoso della sua riserva di merito.

Ma non dobbiamo dimenticare che questo paradosso ha consentito la nascita del nostro sistema di giustizia amministrativa perché la legge abolitrice del contenzioso amministrativo⁷ ci ha insegnato che quando il giudice ordinario è chiamato a giudicare il pubblico potere tende a fare un passo indietro ed è proprio da questo passo indietro che nel 1889 è nato il giudice amministrativo per poi diventare il giudice ordinario del pubblico potere in quanto giudice naturale degli interessi legittimi.

Da allora il Consiglio di Stato è riuscito a sviluppare una notevole capacità nell'uso di uno strumento formidabile costituito dal sindacato sull'eccesso di potere il quale è diventato un *grimaldello* in grado di aprire tutte le porte per garantire il rispetto non formalistico della legge da parte della pubblica amministrazione. E questo vale anche nelle materie caratterizzate da elevata complessità tecnica ed economica in quanto disciplinate da regole che, per quanto "opinabili", sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità di cui le autorità indipendenti devono rendere conto proprio sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Esistono poi altri tre aspetti in cui le due giurisdizioni mostrano delle differenze.

Il primo riguarda il sindacato sulla motivazione e sul procedimento: mentre il giudice ordinario, pronunciandosi sul rapporto e non sull'atto, tende a non attribuire rilevanza ai vizi formali facendo ampia applicazione del principio di compensabilità *ex post* dei vizi procedurali attraverso il successivo giudizio di piena giurisdizione⁸ (sancito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella

amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM, in *Federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*, 11 aprile 2018; S. ROSSA, *Il difficile rapporto fra la piena giurisdizione ai fini CEDU, le sanzioni delle amministrazioni indipendenti e il giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 287 ss.

⁵ Appare quindi smentita la preoccupazione di quella dottrina (G. GHIDINI-V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, p. 317) che, richiamando l'esperienza di altri ordinamenti europei (Germania, Belgio e Francia) criticò la scelta del legislatore italiano (e spagnolo) di non sottoporre i provvedimenti antitrust al sindacato del giudice ordinario, sull'assunto che quest'ultimo avrebbe esercitato un controllo più penetrante.

⁶ S. AMOROSINO, *op. cit.*, secondo il quale "Il riuscito tentativo di "ritorno al passato" nasceva dal fatto che le Corti d'Appello territoriali (in materia di sanzioni Consob) e la Corte d'Appello di Roma (in materia di sanzioni di Banca d'Italia), con il più ampio avallo della Cassazione, avevano dato vita, nei decenni precedenti, ad una giurisprudenza "sensibile", per non dire acquiescente, alle ragioni delle due Autorità sanzionatrici".

⁷ Legge n. 2248/1865, all. E.

⁸ Il giudice ordinario – valutando direttamente la ricostruzione dei fatti compiuta dall'autorità

sentenza *Grande Stevens*⁹), il giudice amministrativo si è invece mostrato molto attento nel sindacare la congruità della motivazione e i vizi procedurali¹⁰.

Il secondo aspetto riguarda la distribuzione dell'onere della prova: le corti civili sono arrivate ad attribuire alla parte sanzionata l'onere di provare il fatto impeditivo o estintivo della pretesa sanzionatoria e ad affermare che, se l'autorità non prova gli elementi costitutivi dell'illecito, il giudice può sopperirvi

– accerta la fondatezza nel merito della decisione sanzionatoria con la conseguente irrilevanza di eventuali violazioni delle regole del giusto procedimento, le quali possono esser fatte valere dal soggetto sanzionato solo ove dimostri un sostanziale pregiudizio. Si veda Cass., sez. II, n. 1205/2017 in cui si legge che “*i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.) riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge avanti al giudice e non il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all’emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi; cosicché l’incompleta equiparazione del procedimento amministrativo a quello giurisdizionale non viola in alcun modo la Costituzione.*”(conf. Cass., sez. un., n. 20935/2009; Cass., sez. II, n. 8210/2016); ciò in quanto – prosegue la Corte di Cassazione – nella sentenza *Grande Stevens* “*si precisa che le carenze di tutela del contraddittorio che caratterizzano un procedimento amministrativo sanzionatorio non consentono di ritenere violato l’art. 6 della Convenzione EDU quando il provvedimento sanzionatorio sia impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, che sia dotato di giurisdizione piena e che conosca dell’opposizione in un procedimento che garantisca il pieno dispiegamento del contraddittorio delle parti*”.

⁹ Sentenza CEDU, 4 marzo 2014, ricorsi nn.18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10; cfr. G. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti*, in *Corriere giur.*, 2014, p. 11 ss.; A. PISANESCHI-E. BINDI, *La clausola della proporzionalità nel doppio binario sanzionatorio*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, II, p. 281 ss.; M. ALLENA, *La rilevanza dell’art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.

¹⁰ Ad esempio: Cons. Stato, sez. VI, sent. 21 settembre 2011, n. 5303: “*Nell’atto di avvio del procedimento sanzionatorio L’AGCM non è tenuta a prospettare nel dettaglio tutti gli elementi della incipiente indagine, dato che una più accentuata specificazione delle contestazioni si rende possibile soltanto a chiusura della istruttoria e non già al momento del suo avvio. Ciò non significa tuttavia che l’atto di avvio del procedimento possa avere un oggetto indeterminato o incerto, dovendo al contrario fin da subito essere indicati con precisione i fatti da cui scaturiscono le indagini ed in relazione ai quali sono ravvisabili pratiche commerciali qualificabili come scorrette ai sensi della disciplina normativa a tutela del consumatore*”; TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 16 giugno 2011, n. 5390: “*Il procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette è caratterizzato da un compiuto sistema partecipativo, nel cui ambito il diritto di difesa dei soggetti coinvolti viene garantito e concretamente esercitato attraverso una pluralità di strumenti, cui vanno correlati specifici obblighi di comunicazione incombenti sull’Autorità, che mirano ad assicurare un pieno contraddittorio procedimentale.*”; Cons. Stato, sez. VI, sentenza 20 aprile 2011, n. 2438: “*Le valutazioni dell’Autorità amministrativa indipendente di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina ed alle caratteristiche del settore regolato rispetto a quelle attinenti l’applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza. In entrambi i casi l’Autorità antitrust dovrà motivare il discostamento dal parere dell’autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attengono direttamente alle competenze attribuite al garante della concorrenza*”; Cons. Stato, sez. VI, sentenza 2 ottobre 2007, n. 5070 “*Spettano all’Autorità Garante della Concorrenza e del mercato le verifiche e le valutazioni relative all’accertamento dell’esistenza di una posizione dominante in capo ad una impresa. Tali accertamenti, però, necessitano di previa adeguata istruttoria e di una motivazione sufficiente. Ne consegue che l’accertamento negativo circa l’esistenza di tale abuso risulta immotivatamente affermata qualora, dovendosi accertare la compatibilità, con le norme poste a tutela della concorrenza, dei rapporti tra imprese produttrici e rivenditori in un determinato mercato, non si sia valutata adeguatamente la quota di mercato effettivamente detenuta (50-60%, in un settore concentrato per il 98% tra quattro produttori), e se le varie tipologie contrattuali adoperate (vincolanti, in esclusiva, il 30-40% del totale dei punti vendita e del totale del mercato in valore) diano luogo a un abuso; e ciò a maggior ragione dovendosi ritenere che una posizione dominante, essendo idonea a sostenere un comportamento indipendente del produttore nei confronti dei distributori, facilita l’imposizione a questi ultimi di contratti con clausole di esclusiva*”.

d'ufficio¹¹. Affermazioni queste che non trovano riscontro nelle pronunce del giudice amministrativo il quale è molto più rigoroso nell'attribuire l'onere della prova all'autorità che esercita il potere sanzionatorio¹².

Il terzo aspetto riguarda l'estensione del sindacato: il giudice amministrativo ha esteso il suo controllo anche ai c.d. "*provvedimenti negativi*", ovvero gli atti di archiviazione delle denunce e segnalazioni con cui si manifesta la decisione di non esercitare il potere sanzionatorio. Pertanto, la sua tutela non riguarda solo l'interesse oppositivo dell'impresa che reclama di essere stata ingiustamente sanzionata ma anche l'interesse pretensivo del concorrente o consumatore che reclama l'intervento sanzionatorio che gli è stato negato attraverso l'archiviazione della sua denuncia¹³. Un così ampio ambito di tutela non trova

¹¹ Cass., sez. II, 21 maggio 2020, n. 9385 che richiama l'orientamento secondo il quale in tema di opposizione a sanzione amministrativa, grava sull'amministrazione l'onere di provare gli elementi costitutivi dell'illecito, tuttavia, "*la sua inerzia processuale non determina l'automatico accertamento dell'infondatezza della trasgressione, poiché il giudice, chiamato alla ricostruzione dell'intero rapporto sanzionatorio e non soltanto alla valutazione di legittimità del provvedimento irrogativo della sanzione, può sopperirvi sia valutando i documenti già acquisiti sia disponendo d'ufficio i mezzi di prova ritenuti necessari*" (Cass., sez. II, ord. n. 24691/2018). Si veda anche Cass. 31 luglio 2020, n. 16517 in cui si legge che "... la Banca d'Italia, anche in base ai principi ricavabili dalla L. n. 689 del 1981, art. 3 ha unicamente l'onere di dimostrare l'esistenza dei segnali di allarme che avrebbero dovuto indurre gli amministratori non esecutivi, rimasti inerti, ad esigere un supplemento di informazioni o ad attivarsi in altro modo, mentre spetta a questi ultimi provare di avere tenuto la condotta attiva idonea mirante a scongiurare il danno (Cass. 22848/2015)".

¹² Ad esempio: Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2673 "*La dimostrazione dell'accordo o della pratica concordata sulla concorrenza si concreta nella prova logica, il cui onere incombe in capo all'Autorità, rappresentata dall'impossibilità di dare una diversa spiegazione capace di collegare la situazione di mercato alle normali scelte imprenditoriali*"; Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990 "*Gli elementi indiziari sono di due tipologie: quelli endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca della condotta, ovvero alla mancanza di spiegazioni alternative nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato, e quelli esogeni, concernenti invece i riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita e attinenti, in particolare, ai contatti tra le imprese e, soprattutto, agli scambi di informazioni, non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita. Nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità; nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa*".

¹³ Inizialmente la giurisprudenza amministrativa in materia antitrust riteneva che il procedimento prima ed il processo dopo fossero preordinati ad una tutela oggettiva del libero mercato e non alla garanzia delle posizioni individuali dei relativi operatori economici; pertanto le uniche posizioni a confronto erano, da un lato, quella dell'autorità che esercita il potere sanzionatorio e, dall'altro, quella dell'impresa che lo subisce e ne contesta il legittimo esercizio. Tra di esse non v'era spazio nel processo per un altro interesse privato come quello di un terzo (consumatore o concorrente) che intendesse rimuovere l'altrui comportamento anticoncorrenziale; costui non era ritenuto legittimato ad impugnare il provvedimento di non luogo a procedere sulla sua denuncia essendo titolare di un interesse di mero fatto alla tutela del libero mercato (in tal senso TAR Lazio, sezione I, 11 febbraio 2003, n. 868; idem, 28 marzo 2002, n. 2639; idem, 23 dicembre 1997, n. 2216; idem, 9 aprile 2001, n. 3056; idem, 29 settembre 1998, n. 2746; idem 7 settembre 2001, n. 7286; idem, 26 settembre 2001, n. 7797). Questo orientamento, consolidatosi nell'arco di un decennio, è stato superato. Oggi la giurisprudenza ammette pacificamente l'impugnazione anche degli atti con cui l'Autorità decide di non intervenire; quindi nel processo antitrust non si assiste più soltanto alla contrapposizione tra il potere punitivo dell'Autorità e l'interesse oppositivo dell'impresa sanzionata perché l'Autorità può essere attaccata da entrambi i lati, non solo dall'impresa che impugna il provvedimento sanzionatorio adottato nei suoi confronti ma anche dal concorrente o dal consumatore che impugna il provvedimento di archiviazione della sua segnalazione oppure reclama un intervento più severo; in tal senso Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280, "*È ammissibile l'impugnazione di provvedimenti negativi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di archiviazione di una determinata denuncia, di non divieto di determinati comportamenti comunicati dalle imprese o delle operazioni di concentrazione notificate) da parte di soggetti terzi, diversi da*

riscontro nelle pronunce del giudice ordinario sui provvedimenti della Consob e della Banca d'Italia dove le decisioni non sembrano contemplare anche i c.d. “*provvedimenti negativi*”. Ciò è dovuto alla diversa prospettiva in cui si muovono le due giurisdizioni: dinanzi al giudice ordinario viene in rilievo il diritto dell'impresa che si duole di essere stata sanzionata ingiustamente, mentre dinanzi al giudice amministrativo viene in rilievo il potere amministrativo a tutto tondo e quindi anche le esigenze di tutela che derivano dal suo mancato esercizio.

2. Il perché della giurisdizione del giudice amministrativo

Se da un lato questa duplice giurisdizione non ha alcuna giustificazione sostanziale, dall'altro, il giudice amministrativo è il giudice naturale dei provvedimenti in questione in quanto, come affermato dalla Corte Cost. nella sentenza n. 204/2004, è il giudice ordinario della funzione amministrativa e del pubblico interesse¹⁴. Quindi, considerato che i provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti sono atti soggettivamente ed oggettivamente amministrativi con cui si persegue un interesse pubblico alla tutela del mercato, è evidentemente questa la ragione dell'iniziale scelta legislativa di attribuire i provvedimenti sanzionatori di tutte le autorità alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In verità si tratta di una giurisdizione che può definirsi esclusiva¹⁵ solo sulla carta perché non è la materia (della concorrenza, delle telecomunicazioni, dell'energia o dei trasporti) ad essere devoluta al giudice amministrativo, bensì le controversie sui provvedimenti delle varie autorità competenti e siccome tali provvedimenti sono atti autoritativi a carattere tecnico-discrezionale o anche – talora – propriamente discrezionale, di fronte ai quali non sono configurabili posizioni di diritto soggettivo¹⁶, la giurisdizione esclusiva finisce per

quelli immediatamente lesi dai provvedimenti finali, qualora essi siano titolari di un interesse qualificato particolare e differenziato – diverso da quello che fa capo al mero denunciante – interesse che affermano essere stato leso dalla mancata adozione del provvedimento repressivo, assumendo, pertanto la qualità di controinteressati. Si deve pertanto ritenere che le associazioni dei consumatori siano legittimate, a tutela degli interessi dei consumatori che rappresentano, a contestare in giudizio il provvedimento con cui l'Autorità Garante ritiene non ingannevole un determinato messaggio pubblicitario”; Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2006, n. 660 “L'associazione di categoria può ben impugnare l'atto con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha archiviato una sua segnalazione, avente ad oggetto un messaggio pubblicitario potenzialmente lesivo per le imprese associate, che non siano state nominativamente prese in considerazione nel messaggio pubblicitario”.

¹⁴ Nella sentenza si legge: “Sembra allora chiaro che il Costituente, accogliendo quest'ultima impostazione, ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865”.

¹⁵ Art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a.; tale giurisdizione esclusiva è certamente compatibile con la Costituzione alla luce della sentenza Corte Cost. n. 204/2004, essendo limitata a controversie specifiche connotate non già da una generica rilevanza pubblicistica, bensì dall'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi, quindi sussiste sia la particolarità della materia (nel senso che altrimenti le liti ricadrebbero nella giurisdizione generale di legittimità in quanto vi opera una autorità) sia “l'inestricabile nodo gordiano” tra le due situazioni soggettive.

¹⁶ Questo vale non solo per gli atti di regolazione ma anche per i provvedimenti sanzionatori in quanto anche quest'ultimi presuppongono valutazioni discrezionali sia riguardo all'accertamento dell'illecito (v. par. 4) che alla determinazione della sanzione (v. par. 6). Di

essere in realtà una sorta di competenza per materia su interessi legittimi.

Tant'è che finora il sindacato si è svolto attraverso un ordinario giudizio di legittimità di carattere demolitorio dell'atto impugnato, con tutte le conseguenze che questo comporta riguardo ai poteri del giudice e al rispetto della c.d. area di merito riservata all'autorità¹⁷.

Dopo trent'anni dall'entrata in scena delle autorità indipendenti, possiamo dire che il modello di sindacato esercitato in concreto dal giudice amministrativo è compatibile sia col principio di effettività della tutela che col principio di separazione dei poteri a condizione però che non vi siano fughe all'indietro (ci si riferisce ai tentativi legislativi di limitare il sindacato sull'eccesso di potere al "*palese errore di apprezzamento*" e alla "*manifesta illogicità del provvedimento*" per fortuna non andati a buon fine¹⁸) ma neanche fughe in avanti (ci si riferisce ai tentativi di configurare una estesa giurisdizione di merito facendo leva sull'art. 6 CEDU e sull'art. 134 c.p.a., come da alcuni sostenuto in dottrina¹⁹).

Quindi, la pienezza del sindacato di legittimità attraverso l'eccesso di potere, con tutte le sue figure sintomatiche affinate attraverso una giurisprudenza ultrasecolare, costituisce lo strumento indispensabile – e al tempo stesso sufficiente – per individuare il punto di giustizia nel conflitto tra la libertà di impresa e l'interesse pubblico alla tutela del mercato perseguito dalle autorità indipendenti.

Tale sindacato, oltre ad essere coerente con la giurisprudenza comunitaria e con i principi della CEDU, è giunto oggi ad un livello di tale intensità che non vi sono più zone d'ombra sottratte ad un controllo effettivo: l'unica cosa che non è consentita al giudice amministrativo è un sindacato di opportunità che si sostanzia nel diretto esercizio del potere in sostituzione dell'autorità, perché questo significherebbe amministrare e non giudicare.

contrario avviso in dottrina F. GOISIS *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1 marzo 2018, p. 1 nonché R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 388 il quale rileva che "*il riferimento della giurisprudenza alla discrezionalità o meno del potere di comminare sanzioni pecuniarie al fine di identificare il giudice competente si presta ovviamente a più di una considerazione critica*"; si veda anche A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, CEDAM, 1983.

¹⁷ Diverse sentenze contengono affermazioni tipiche della giurisdizione di legittimità: a) non è ammessa l'azione di accertamento sulla sussistenza o meno del potere in quanto le imprese non possono chiedere al giudice di accertare in via preventiva se detto potere rientri o meno nella sfera di attribuzioni di un'autorità indipendente (TAR Lombardia, Milano, sez. III, 28 gennaio 2004, n. 360; *idem*, sez. IV, 17 maggio 2004, n. 1699 e sez. II, 22 gennaio 2004, n. 70); b) è inammissibile il ricorso avverso l'atto di avvio del procedimento in quanto atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo (TAR Lazio, Roma, sez. I, sent., 26 gennaio 2012, n. 865); c) non è ammessa un'azione di accertamento su interessi legittimi (TAR Lombardia Milano, sez. IV, 19 maggio 2006, n. 122); d) non sono ammesse sentenze di tipo additivo sul contenuto normativo o deliberativo di un provvedimento (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 17 maggio 2004, n. 1699).

¹⁸ Si tratta del disegno di legge n. 2934 della XIII Legislatura poi divenuto legge n. 205/2005.

¹⁹ F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, marzo 2018, p.1.

3. Le peculiarità del rapporto tra le autorità indipendenti e il giudice amministrativo

Il dibattito sul rapporto tra le autorità indipendenti e il giudice amministrativo si è sviluppato sin dall'inizio intorno a due temi di fondo che corrispondono ai due elementi che distinguono tali autorità dal modello classico di pubblica amministrazione: a) il tema dell'indipendenza che ha portato ad elaborare la teoria dei c.d. poteri paragiurisdizionali²⁰; b) il tema della competenza tecnica su cui si è sviluppata tutta l'analisi dell'intensità del sindacato.

Indipendenza significa distanza e autonomia dal governo e quindi dalla politica ma non significa ovviamente distanza dal giudice e quindi irresponsabilità²¹. Tuttavia, soprattutto i primi anni²², non è mancata l'osservazione che nel modello delle autorità indipendenti possa avere rilievo anche il rapporto col giudice, nel senso che esse avrebbero titolo per reclamare uno statuto speciale che in qualche modo le metterebbe al riparo da una giurisdizione troppo invasiva²³.

Oggi la teoria paragiurisdizionale può dirsi tramontata essendo stata smentita prima dalla Corte di Cassazione²⁴ – secondo la quale le decisioni delle au-

²⁰ Sulla distinzione tra giurisdizione e amministrazione si veda A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 200 ss. il quale sottolinea che solo la giurisdizione "fa stato" tra le parti; si veda anche M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. Bassi-F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, 1993, secondo il quale la neutralità di funzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato mal si presta ad essere inquadrata nel concetto tradizionale di attività amministrativa e si avvicina invece a quello di attività giurisdizionale perché essa non è titolare di poteri di amministrazione attiva che implicano una valutazione discrezionale di interessi pubblici e privati bensì di poteri tipici della funzione giurisdizionale (ispettivi, istruttori, cautelari, sanzionatori); sulla nozione di discrezionalità amministrativa si richiama M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione – Concetto e problemi*, Milano, 1939, in cui viene analizzata la differenza tra discrezionalità dell'amministrazione e discrezionalità del giudice, pp. 109 e 113.

²¹ Sulla distinzione tra neutralità ed imparzialità si veda V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro Amm.*, 1997, II, p. 368.

²² Inizialmente si è arrivati persino a chiedersi se e in che limiti le c.d. "magistrature economiche", nonostante questa denominazione gergale, siano soggette al sindacato giurisdizionale ed il sol fatto che il problema sia stato posto è molto significativo; ad esempio il Cons. Stato (sentenza 23 aprile 2002, n. 2199) ha dovuto affermare che "al procedimento antitrust non si applicano le norme proprie dei procedimenti giurisdizionali, non avendo l'Autorità natura giurisdizionale o paragiurisdizionale ma amministrativa, pur riconoscendosi la necessità di un'attenta verifica del rispetto dei principi del contraddittorio". Ma è evidente che non è possibile mettere in dubbio il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti perché: a) non ci sono zone franche rispetto ad esso: la magistratura è l'unico potere che ha sempre l'ultima parola in materia di diritti ed interessi legittimi (art. 113 Cost.) e l'art. 102 Cost. vieta l'istituzione di giudici speciali; b) è l'unico controllo su tali autorità che non sono soggette al controllo del Parlamento, né del Governo, né degli elettori; c) la loro indipendenza non è assimilabile a quella della magistratura stante il ruolo della politica nel procedimento di nomina dei componenti delle autorità indipendenti.

²³ Da qui la proposta legislativa di limitare il sindacato sull'eccesso di potere al "palese errore di apprezzamento e alla manifesta illogicità" e ridurre il processo amministrativo ad un solo grado di giudizio visto che il primo grado si svolge sostanzialmente dinanzi all'autorità.

²⁴ Cass., sez. I, n. 7341/2002; la suprema Corte lo ha affrontato con riguardo al Garante per la protezione dei dati personali, con argomenti che valgono per tutte le autorità di garanzia; in tale sentenza è stato affermato che: a) l'indipendenza delle autorità non va confusa con la posizione di terzietà e di *super partes* che è riconosciuta soltanto al giudice; benché imparziali ed indipendenti le autorità sono pur sempre portatrici di un interesse pubblico ma di parte; invece la terzietà del giudice è caratterizzata dal suo distacco, dal suo essere altro rispetto agli interessi

torità di garanzia, non essendo suscettibili di passaggio in giudicato, non sono assimilabili alle pronunce del giudice – e poi dalla Corte Costituzionale²⁵ che ha negato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità in quanto la sua indipendenza non equivale alla terzietà del giudice essendo parte nel processo.

Peraltro, reclamare uno statuto speciale delle autorità indipendenti nel rapporto con il giudice vuol dire non considerare che oggetto del sindacato non è l'autorità bensì il prodotto della sua funzione amministrativa – il provvedimento – e non v'è ragione per assoggettare tali provvedimenti ad un regime speciale di controllo giurisdizionale.

Quindi, il requisito dell'indipendenza non può giustificare un sindacato meno invasivo perché – anzi – è vero il contrario: il sindacato giurisdizionale deve essere particolarmente incisivo proprio perché, esercitandosi su un potere pubblico sottratto al circuito democratico, è l'unico strumento di controllo su tale funzione amministrativa. Ed è questa la ragione che ha indotto prima la dottrina²⁶ e poi il Consiglio di Stato ad elaborare la teoria delle c.d. legittima-

in conflitto e l'interesse pubblico alla giustizia è *super partes* trasversale ed equidistante rispetto agli interessi in gioco nel processo; b) il nostro ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione (art. 97 Cost.) e giurisdizione (art. 111 Cost.) e non esiste la figura dell'organo paragiurisdizionale; si tratta di un termine descrittivo per indicare organi pubblici dotati di poteri sostanzialmente decisori la cui collocazione istituzionale ha sollevato dubbi; c) l'art. 102 Cost. non consente di attribuire natura giurisdizionale alle c.d. magistrature economiche; d) la mera attribuzione di poteri decisori e la previsione di un procedimento speciale, con un alto tasso di contraddittorio, non basta per configurare un giudice speciale perché è giudice colui che può emettere una decisione suscettibile di assumere la forza e la definitività del giudicato al di fuori del controllo di qualsiasi altro soggetto pubblico.

²⁵ Corte Cost., sentenza n. 13/2019, in cui si osserva che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato “... è parte (resistente) del processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti, ai sensi degli artt. 133, comma 1, lettera l), e 134, comma 1, lettera c), dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della L. 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), che prevedono la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità indipendenti e quella di merito per le sanzioni pecuniarie irrogate. (...) La tesi del rimettente contrasta, dunque, con quanto questa Corte ha affermato e cioè che gli organi giurisdizionali sono “estranei per definizione alla situazione sostanziale” (sentenza n. 243 del 1989), che la posizione del giudice esclude qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere (sentenza n. 18 del 1989), che il giudice “non può essere considerato *super partes* quando appare portatore di uno degli interessi in conflitto dal momento che la censura investe proprio il provvedimento da lui emesso” (sentenza n. 128 del 1974), che “uno dei dati che danno carattere giurisdizionale ad un organo è l'estraneità dell'interesse in ordine al quale esso dà la sua pronuncia” (sentenza n. 110 del 1967). (...) La veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della L. n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (si veda, in questo senso, già Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97). Si aggiunga che l'attività dell'Autorità garante si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 26 marzo 2015, n. 1596; sezione VI, sentenza 11 gennaio 2016, n. 38).”

²⁶ È stata sottolineata la correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale perché quanto meno è garantita la prima, tanto più si avverte l'esigenza di potenziare il coinvolgimento di tutti gli interessati nel procedimento di formazione delle regole; in tal senso M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*.

zione procedimentale (dal basso) nell'esercizio del potere regolatorio da parte delle autorità indipendenti²⁷.

Diverso è il discorso sulle valutazioni tecniche perché tanto maggiore è la complessità delle valutazioni che presiedono all'accertamento dell'illecito, tanto più è necessario il controllo del giudice per evitare che la discrezionalità tecnica si traduca in arbitrio specialistico. Nel contempo però, tanto maggiore è la complessità delle valutazioni tecniche, tanto più difficile è questo controllo, il quale deve essere non solo legalmente corretto ma anche economicamente e tecnicamente pertinente in quanto i concetti giuridici indeterminati indicati dal legislatore devono essere contestualizzati attraverso regole non giuridiche²⁸.

Il giudice si trova quindi in una posizione davvero poco invidiabile: sopra di lui ci sono norme spesso molto generiche che offrono parametri di giudizio indeterminati; sotto di lui ci sono fattispecie economiche e tecniche in cui non è affatto facile districarsi per un giurista. Tutto ciò rende molto difficile trovare il punto di equilibrio tra effettività della tutela e separazione dei poteri perché aumenta, da un lato, il rischio di un sindacato che, di fronte a tali complessità, si fa troppo timido e finisce per tradursi in un diniego di giustizia, dall'altro, il rischio di un sindacato che, nel tentativo di dominare tali complessità, finisce per entrare a gamba tesa nelle valutazioni di merito riservate all'autorità, sostituendosi ad essa.

4. L'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo verso una sempre maggiore incisività

È pacifico da tempo che sull'accertamento dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti delle autorità il giudice non incontra nessun limite, essi possono essere verificati sotto il profilo della verità storica, della consistenza e dell'adeguata rappresentazione attraverso la piena valutazione degli elementi di prova

denti, intervento al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti", Consiglio di Stato, 9 maggio 2003 in www.giustizia-amministrativa.it; si veda anche il contributo aggiornato in M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; nonché N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2009, p. 281.

²⁷ Secondo tale teoria l'esercizio di poteri sostanzialmente normativi da parte di autorità poste al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost. è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, "inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative" perché "in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo l'indipendenza e neutralità delle autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale"; ciò in quanto "la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori)" (Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; *idem* n. 2201 del 2006 e n. 2007 del 2006).

²⁸ Per una approfondita analisi del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche si veda S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche. Il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 97.

a carico e a discarico raccolti nel procedimento, senza che l'accesso ad essi da parte del giudice possa subire alcuna limitazione²⁹.

Il problema dell'incisività del controllo riguarda la fase successiva, quella in cui avviene la contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati e il confronto dei fatti accertati con il parametro normativo contestualizzato.

In passato il giudice amministrativo ha mostrato un atteggiamento di deferenza – probabilmente in parte dovuto alla teoria della natura paragiurisdizionale, in parte ad una minore dimestichezza con gli strumenti di verifica dei fatti e delle valutazioni tecniche – che lo ha portato a concentrare il suo sindacato prevalentemente sulla parte sanzionatoria dei provvedimenti e ad elaborare la distinzione tra “*sindacato debole*” (di legittimità) sull'analisi economica e “*sindacato forte*” (di merito) sulla sanzione³⁰.

Questa infelice distinzione – infelice perché ha indotto le imprese a lamentare che un sindacato definito “*debole*” non è compatibile col principio di effettività – è stata fortunatamente superata dalla constatazione che il sindacato di legittimità non è affatto debole perché fornisce il massimo di tutela degli interessi legittimi compatibilmente col principio di separazione dei poteri³¹.

Oggi possiamo dire che il giudice amministrativo non mostra più alcuna deferenza nei confronti delle autorità indipendenti. Ormai è un lontano ricordo la famosa sentenza *Chevron* con cui nel 1984 la Corte suprema americana limitò il controllo del giudice al c.d. “*cono di luce*” della legge lasciando le valutazioni tecniche nelle “*zone di penombra*” demandate alla competenza delle autorità³².

A ben vedere in Italia tale distinguo non ha avuto alcun seguito perché nel corso degli anni il controllo giurisdizionale delle valutazioni tecniche è progressivamente diventato sempre più incisivo al punto che oggi si posiziona sulla linea di confine tra legittimità e merito ed illumina con incisività tutte le “*zone di penombra*” delle valutazioni tecniche contenute nel provvedimento.

Questa evoluzione è avvenuta attraverso tre fasi.

La prima fase (fino al 1999) è quella del “*controllo con gli occhi del profano*” caratterizzato dal criterio tradizionale del c.d. “*controllo estrinseco*” (o di manifesta irragionevolezza) secondo il quale il giudice di legittimità può sindacare solo l'iter logico della motivazione al fine di verificare se vi sono evidenti errori di logicità in quanto “*sono apprezzabili solo quelle palesi aberrazioni in pre-*

²⁹ È questa la specificità del sindacato di legittimità del giudice amministrativo rispetto a quello della Corte di Cassazione.

³⁰ Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2004, n. 926, *idem* 11 novembre 2010, n. 8023, *idem* 8 ottobre 2012, n. 5209, *idem* 12 maggio 2014, n. 2419.

³¹ Questo lo ha detto non solo il Consiglio di Stato ma anche la Corte di Cassazione, sottolineando che il giudice amministrativo “*non può esercitare un controllo c.d. di tipo forte sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile un controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza*” (Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, *idem* da ultimo ord. 21 febbraio 2020, n. 4620).

³² U.S. Supreme Court, February 29, 1984 (*Chevron USA Inc. vs. Natural Resources Defence Council*) “*A government agency must conform to any clear legislative statements when interpreting and applying a law, but courts will give the agency deference in ambiguous situations as long as its interpretation is reasonable*”; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2000, p. 469.

senza delle quali il vizio della valutazione di merito trasmoda in eccesso di potere per manifesta irrazionalità da cui traspare il cattivo esercizio del potere amministrativo”³³.

La seconda fase (dal 1999 al 2019) è quella del “controllo con gli occhi dell’esperto” ovvero del c.d. “controllo intrinseco di attendibilità” (che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall’autorità) consistente nella verifica non solo formale ed estrinseca ma diretta ed intrinseca della valutazione tecnica, la quale deve essere non solo formalmente ragionevole ma anche intrinsecamente attendibile sotto il profilo della sua correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo. Secondo questo orientamento tale sindacato non si traduce in una diretta valutazione dell’interesse pubblico concreto relativo all’atto impugnato, ovvero del merito riservato all’amministrazione, perché la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – solo perché opinabile – in una questione di opportunità e quindi di merito, anche se è antecedente ad una scelta di merito. Quindi, “non è l’opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l’insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo”³⁴. Pertanto, il giudice non è chiamato ad una decisione sostitutiva sul merito, dovendosi piuttosto limitare a verificare se la valutazione tecnica su cui si basa il provvedimento rientri o meno nella gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto.

La terza fase (iniziata nel 2019) è quella del “controllo con gli occhi del migliore esperto” consistente in un “controllo intrinseco di maggiore attendibilità” secondo il quale il giudice non deve limitarsi a verificare se la valutazione tecnica compiuta dall’autorità rientri nella gamma di soluzioni intrinsecamente at-

³³ Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 1998, n. 495; *idem* 8 luglio 1998, n. 1053; nonché 10 marzo 1998, n. 397 in cui si parla di “valutazioni incoerenti o irragionevoli che emergano con immediatezza dall’esame della documentazione”; si veda anche Cons. Stato n. 630/1986, che definisce l’attività tecnico-discrezionale dell’Amministrazione come non sindacabile in sede di legittimità, se non sotto il profilo della congruità e della logicità della motivazione.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 che ha superato l’originaria assimilazione della discrezionalità tecnica con il merito amministrativo non sindacabile: “Ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità è la diretta valutazione dell’interesse pubblico concreto relativo all’atto impugnato: dunque, del merito dell’atto amministrativo”. “La c.d. discrezionalità tecnica, invece, è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l’Amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L’applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili”. “Del resto, è ragionevole l’esistenza di una «riserva di Amministrazione» in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all’apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale”. “Il giudice amministrativo può sindacare la c.d. discrezionalità tecnica dell’Amministrazione, oltre che per i profili estrinseci, anche verificando l’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”. Si veda inoltre Cons. Stato n. 1247/2001 in cui si sottolinea che l’introduzione della consulenza tecnica d’ufficio nel giudizio di legittimità, ad opera della legge n. 205/2000, impone di definire con maggiore ampiezza l’oggetto del sindacato giurisdizionale e le modalità di accertamento dei fatti rilevanti ai fini delle valutazioni tecniche.

tendibili ma può spingersi oltre per accertare se essa è anche la valutazione maggiormente attendibile³⁵.

Il ragionamento che ha condotto il Consiglio di Stato a questo ulteriore passo in avanti è contenuto nella sentenza n. 4990/2019 e si basa in sintesi sulle seguenti considerazioni.

Dopo aver richiamato il concetto di *full jurisdiction* elaborato dalla Corte EDU,³⁶ il Consiglio di Stato ritiene che – a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina sul *private enforcement* in materia antitrust³⁷ (che sancisce l'efficacia vincolante del provvedimento dell'Agcm, o della sentenza resa su di esso, nel giudizio civile di risarcimento del danno) – sia venuto il momento di chiedersi se il sindacato “non sostitutivo” di attendibilità sia “coerente con la fisionomia che il processo amministrativo ha nel frattempo assunto informandosi all'anzidetto principio di effettività”³⁸.

A tale interrogativo viene data una risposta negativa perché gli elementi descrittivi dell'illecito antitrust, benché soggetti a valutazioni complesse ed opinabili, “sono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di “fatto storico” accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto “mediato” dall'apprezzamento dell'Autorità”. Pertanto, “la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto “libero” dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sosti-

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

³⁶ Il Consiglio di Stato liquida come “incomprensione lessicale” la distinzione tra sindacato “debole” e “forte” ed osserva che la giurisdizione “piena” consiste nel “potere del giudice di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa. La Corte Europea ha pure precisato che soltanto in particolari casi – concernenti scelte amministrative caratterizzate da “wide policy aims” o che necessitano di specifiche competenze tecniche – il sindacato giurisdizionale può considerarsi sufficiente senza che sia richiesta una valutazione sostitutiva sui fatti e sul merito della decisione, sempreché la decisione stessa sia stata adottata dall'organo amministrativo attraverso una quasi judicial procedure “that sufficiently complies with Article 6” o in ogni caso nel rispetto di specifiche garanzie procedurali, in particolare per quanto concerne il contraddittorio tra le parti”.

³⁷ Art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Nella sentenza si osserva giustamente che “tale disposizione – la quale, letta “a contrario”, sembrerebbe addirittura implicare che il sindacato del giudice del ricorso non si estenda ai profili tecnici che presentano “un oggettivo margine di opinabilità” – deve essere interpretata in senso costituzionalmente conforme agli artt. 24 e 113, e 117, primo comma, della Costituzione (quest'ultimo parametro in relazione all'art. 6 della Convenzione Europea per i diritti dell'uomo). Nonostante l'evidente imprecisione linguistica, il precetto riveste una mera funzione didascalica: quella cioè di richiamare il giudice amministrativo al dovere di accertamento “diretto” di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo (per quanto la formula impiegata sia involuta) dal contemporaneo dovere di accertamento “critico” degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria. È del resto implausibile che il legislatore abbia voluto, con una espressione così incerta ed apodittica, revocare in dubbio il modello processuale invariato da tempo e faticosamente nel diritto vivente”.

³⁸ Pur dando atto che esso ha avuto il merito di condurre il giudice amministrativo a “fondare il proprio accertamento sul raffronto tra la realtà e la rappresentazione che di essa fa l'amministrazione”.

tuito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”. Pertanto, prosegue il Consiglio di Stato, “non pare corretto impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato in termini di possibilità o meno di sindacato sostitutivo del giudice. Non operano infatti i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull’esercizio del potere, quando il giudice è pienamente abilitato a pervenire all’accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata”.

Come si può notare il ragionamento su cui si basa questa svolta giurisprudenziale è incentrato sulla possibilità per il giudice amministrativo di esercitare il sindacato di legittimità attraverso pronunce di tipo sostitutivo.

5. Le buone ragioni del “sindacato di maggiore attendibilità” e la sua compatibilità col principio di separazione dei poteri

Tale decisione ha il pregio di aver aperto una nuova stagione caratterizzata da una maggiore determinazione del giudice amministrativo nell’impadronirsi delle questioni tecniche e quindi da una maggiore incisività del suo controllo. E questo è un bene, è un bene per il sistema giustizia, è un bene per le autorità che saranno stimolate a fare più accurate valutazioni tecniche rafforzando il loro ruolo e, in definitiva, è un bene per il mercato.

Si tratta però di una decisione che solleva alcuni interrogativi, non tanto sul punto di approdo, quanto su alcuni passaggi della motivazione in cui si affronta il tema del carattere sostitutivo di questo nuovo modello di sindacato.

Il Consiglio di Stato prende le mosse dalla riforma del *private enforcement* in materia antitrust³⁹ ed osserva che l’effetto vincolante oggi attribuito al giudicato amministrativo dinanzi al giudice civile metterebbe in discussione il principio secondo il quale nel sindacato di legittimità il giudice amministrativo non può spingersi fino al punto di sostituirsi all’autorità.

Sia l’interrogativo che la risposta che ad esso viene data suscitano qualche perplessità.

La scelta legislativa, imposta dal diritto europeo, di attribuire al *public enforcement* (e quindi al relativo giudicato amministrativo) un’efficacia vincolante nel giudizio civile risarcitorio (ovvero nel *private enforcement*) trova la sua ratio nell’esigenza di rafforzare il diritto al risarcimento del danno delle vittime di illeciti antitrust evitando che l’accertamento dell’illecito avvenuto nell’ambito del *public enforcement* possa essere messo in discussione per evitare la responsabilità civile. Ciò in quanto (come affermato più volte dalla Commissione Europea⁴⁰) una volta che l’Agcm ed il giudice amministrativo hanno accertato

³⁹ P. CASSINIS, *L’efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, in *giustiziacivile.com*, n. 9/2018.

⁴⁰ Sin dal Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazioni del diritto antitrust del 2 aprile 2008 in cui si legge: “La Commissione non vede alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell’articolo 81 o 82 da un’autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d’appello, che conferma la decisione dell’autorità nazionale o che constata essa stessa un’infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell’infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust. Una norma di tale portata garantirebbe un’applicazione più coerente degli articoli 81 e 82 da parte dei diversi organismi nazionali ed aumenterebbe la certezza del diritto. Accrescerebbe inoltre significativamente l’efficacia e l’efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento dei danni causati da violazioni delle norme

l'illecito antitrust in via definitiva, non v'è ragione per non attribuire a tale accertamento il valore di prova inconfutabile ai fini risarcitori onde evitare che a fronte dell'unico illecito si giunga a decisioni diverse, sul piano sanzionatorio e inibitorio, da un lato, e sul piano risarcitorio, dall'altro.

Si tratta di una scelta non solo di coerenza del sistema ma anche di garanzia di effettività di tutela per le vittime degli illeciti antitrust che vengono sollevate da un onere probatorio quasi diabolico che renderebbe troppo difficile la soddisfazione del loro diritto al risarcimento del danno.

Se questa è la ratio della riforma essa non sembra giustificare l'interrogativo da cui muove il Consiglio di Stato perché il punto di equilibrio tra principio di effettività della tutela giurisdizionale e principio di separazione tra potere amministrativo e potere giudiziario deve essere trovato all'interno della giustizia amministrativa e non può dipendere da ragioni esogene come il mutato assetto del rapporto tra *public* e *private enforcement*. Ed il fatto che nelle azioni civili c.d. *stand alone*⁴¹ il giudice ordinario eserciti un modello di sindacato diverso (ma non per questo più incisivo, anzi) da quello esercitato dal giudice amministrativo sulla legittimità dei provvedimenti antitrust deriva dall'assenza di un provvedimento amministrativo, e trova la sua giustificazione nella circostanza che l'illecito antitrust viene accertato solo dal giudice civile senza la preventiva "mediazione" di un'autorità di concorrenza.

Una volta che il provvedimento antitrust ed il relativo giudicato amministrativo sulla sua legittimità diventano vincolanti per il giudice civile non v'è ragione di mettere in discussione, per ciò solo, l'effettività del controllo esercitato dal giudice amministrativo perché tale effettività deve essere valutata per l'intrinseca garanzia di tutela che è in grado di offrire alla situazione soggettiva che viene in rilievo in tale giurisdizione, ovvero l'interesse legittimo.

Al suddetto interrogativo il Consiglio di Stato risponde che il nuovo sindacato inaugurato con la sentenza n. 4990/2019 è un sindacato di tipo sostitutivo e tale può – e deve – essere perché le valutazioni tecniche complesse riguardano fatti costitutivi dell'illecito antitrust che il giudice è chiamato ad accertare senza la mediazione dell'autorità.

Anche tale risposta suscita perplessità.

In primo luogo, perché ad esempio il mercato rilevante è senz'altro un fatto costitutivo dell'illecito ma il giudice non è chiamato ad accertarlo senza la mediazione dell'autorità alla quale la legge affida il potere di dire la sua, prima che intervenga il giudice.

In secondo luogo, perché il giudizio di maggiore attendibilità non può essere inteso (e non sembra che il Consiglio di Stato lo intenda) come libertà del

antitrust: se i convenuti possono mettere in dubbio la violazione degli articoli 81 o 82 stabilita in una decisione di un'autorità nazionale per la concorrenza ed eventualmente confermata da una corte d'appello, i giudici dinanzi ai quali venga intentata un'azione per danni dovranno riesaminare i fatti e gli aspetti giuridici già oggetto di indagine e valutazione da parte di un'autorità pubblica specializzata (e da una corte d'appello). Una tale duplicazione dell'analisi fattuale e giuridica determina considerevoli costi aggiuntivi, nonché una durata ed un'imponderabilità notevoli per l'azione di risarcimento danni intentata dalle vittime".

⁴¹ Si definisce *stand-alone* l'azione civile proposta in assenza di un precedente accertamento della violazione delle regole antitrust da parte dell'Autorità amministrativa, spetterà, dunque, al giudice civile, accertare la violazione delle regole antitrust ed, eventualmente, liquidare il danno sofferto dalla vittima. Si definisce invece *follow-on* l'azione civile fondata su di una illecita violazione delle regole antitrust già accertata dall'Autorità di concorrenza (sia essa nazionale o comunitaria) con un provvedimento definitivo, passato o meno al vaglio giurisdizionale. Le azioni civili *follow-on* seguono, quindi, cronologicamente il provvedimento dell'Autorità e ne richiamano in tutto in parte il contenuto il quale costituisce il presupposto logico giuridico dell'azione civile.

giudice di optare a suo piacimento per una soluzione tecnica diversa da quella dell'Autorità – facendo una scelta che si pone come una aprioristica alternativa che prescinde da quella fatta nel provvedimento – bensì come facoltà del giudice di giudicare fino in fondo, e senza limiti di sorta, la scelta tecnica compiuta dall'autorità.

Ma per fare questo non è necessario mettere in discussione il carattere non sostitutivo del sindacato di legittimità perché il controllo “di maggiore attendibilità” può ben essere ricondotto alle tradizionali categorie dell'eccesso di potere e quindi al parametro della ragionevolezza⁴².

Quindi, ben venga il sindacato di maggiore attendibilità purché però sia sostenuto da una stringente motivazione in punto di ragionevolezza da cui risultino le ragioni per cui il giudice ritiene di discostarsi dalla soluzione tecnica scelta dall'autorità in analogia con quanto avviene nel processo civile in cui il giudice ordinario, quando si discosta dalla consulenza tecnica d'ufficio, ha un onere rafforzato di motivazione⁴³.

Del resto, quando il giudice deve fare i conti con una motivata scelta tecnica (sia essa di una autorità amministrativa o di un suo ausiliario, come il perito d'ufficio) ha solo la ragionevolezza come parametro di giudizio e nel processo amministrativo, in cui si giudica la valutazione tecnica effettuata da una pubblica autorità, può anche avvalersi del consulente tecnico d'ufficio per sindacarla, ma sempre usando lo stesso parametro.

Il passo in avanti che è stato fatto con questa sentenza consiste nell'aver sancito che il dovere delle autorità indipendenti di applicare i concetti giuridici indeterminati in modo legittimo non impone di scegliere una soluzione attendibile quale che sia, bensì di scegliere la soluzione più attendibile, cioè di fare la scelta tecnica che meglio risponde ai canoni di intrinseca logicità e coerenza di cui le autorità devono rendere conto sotto il profilo dell'eccesso di potere nella contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati. E questo è giusto, ma lo è perché è la ragionevolezza che lo impone e non perché si tratta di un sindacato sostitutivo, dove la scelta la fa direttamente il giudice.

Il punto di approdo della sentenza è pienamente condivisibile, con i caveat appena indicati, meno condivisibile è l'enfasi che viene data al carattere sostitutivo del nuovo modello di controllo, un'enfasi che, da un lato, non è necessaria, dall'altro, è pericolosa perché potrebbe indurre la Corte di Cassazione a non condividere questa svolta in quanto non conforme alla consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite sul carattere non sostitutivo del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Agcm.

Peraltro, occorre anche considerare che se il sindacato intrinseco di mera attendibilità non è stato ritenuto sostitutivo, non si comprende perché dovreb-

⁴² Ricordando però – come sottolineato più volte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – che il sindacato di ragionevolezza non si può tradurre in concreto in un sindacato sull'opportunità della scelta tecnica compiuta nel provvedimento.

⁴³ Da ultimo Cass. civ., sez. I, ord. 11 giugno 2018, n. 15147: “Qualora il giudice del merito aderisca al parere del consulente tecnico d'ufficio, non è tenuto ad esporne in modo specifico le ragioni poiché l'accettazione del parere, delineando il percorso logico della decisione, ne costituisce adeguata motivazione, non suscettibile di censure in sede di legittimità, ben potendo il richiamo, anche “per relationem” dell'elaborato, implicare una compiuta positiva valutazione del percorso argomentativo e dei principi e metodi scientifici seguiti dal consulente; diversa è l'ipotesi in cui alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio siano state avanzate critiche specifiche e circostanziate, sia dai consulenti di parte che dai difensori: in tal caso il giudice del merito, per non incorrere nel vizio ex art. 360 n. 5 c.p.c., è tenuto a spiegare in maniera puntuale e dettagliata le ragioni della propria adesione all'una o all'altra conclusione”.

be esserlo quello di maggiore attendibilità che a ben vedere non muta la tecnica del controllo.

Le scienze che governano le valutazioni tecniche non sono scienze esatte, quindi può accadere che si arrivi ad un punto dell'analisi tecnica in cui la soluzione del caso sia obiettivamente incerta ed opinabile (ad esempio perché la letteratura tecnico-economica è divisa in due) e quindi l'autorità si trovi a dover fare una scelta tra più soluzioni, tutte attendibili.

Di fronte a tale scelta il giudice amministrativo deve limitarsi a fare il mestiere del giudice che consiste nella *“caccia all'errore”* ovvero accertare se la soluzione individuata nel provvedimento sia quella maggiormente attendibile. Ma questo non vuol dire sostituirsi all'autorità bensì esercitare un più incisivo sindacato di ragionevolezza in quanto un provvedimento che non si basa sulla valutazione tecnica più attendibile – ovvero più affidabile, più credibile – non è un provvedimento ragionevole.

Ed il fatto che le sanzioni amministrative siano inflitte – come sottolinea il Consiglio di Stato – *“nell'esercizio di un potere ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi”* (affermazione questa perfettamente condivisibile) non basta per configurare un sindacato sostitutivo, perché la funzione antitrust passa attraverso l'applicazione di precetti legali che contengono concetti giuridici indeterminati la cui contestualizzazione è affidata in prima battuta all'autorità che – pur non effettuando valutazioni politiche né ponderazione di interessi – ha però ricevuto dal legislatore il potere di fare delle scelte tecniche discrezionali che come tutte le scelte devono essere ragionevoli e quindi possono essere giudicate in modo pieno sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Infine, il ritenuto carattere sostitutivo del nuovo modello di sindacato ha costretto il Consiglio di Stato ad una *excusatio non petita* facendosi carico dell'obiezione di incorrere in un eccesso di potere giurisdizionale, obiezione che nella sentenza viene superata richiamando la nota pronuncia della Corte Cost. n. 6/2018 la quale però non sembra aver aperto le porte ad un sindacato di tipo sostitutivo, essendosi limitata ad affermare che non è compatibile con l'art. 111 Cost., né con l'assetto pluralistico delle giurisdizioni, una interpretazione evolutiva che comprenda nei motivi inerenti alla giurisdizione anche il sindacato su *errores in procedendo e in iudicando*⁴⁴.

6. La cosiddetta giurisdizione di merito sulle sanzioni

Da ultimo, non si può prescindere da qualche considerazione sulle implicazioni derivanti dall'art. 134 c.p.a. secondo il quale *“il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto (...) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle autorità amministrative indipendenti”*.

⁴⁴ Peraltro, non va trascurato che tale pronuncia della Consulta è oggetto di un vero e proprio conflitto tra le due giurisdizioni a seguito dell'ordinanza della Corte Cass. 18 settembre 2020, n. 19598, con cui per la prima volta la pregiudiziale ex art. 267 TFUE è stata usata per verificare la compatibilità comunitaria di una interpretazione del giudice nazionale delle leggi.

Per comprendere la reale portata di tale disposizione bisogna innanzitutto ricordarne la genesi.

Prima del codice del processo amministrativo nell'ordinamento nazionale mancava una norma *ad hoc*, a differenza del diritto dell'Unione Europea che prevedeva espressamente il sindacato di merito sulle sanzioni antitrust⁴⁵. Tuttavia, il Consiglio di Stato ritenne che il sindacato di merito sulla quantificazione della sanzione potesse trovare un implicito riconoscimento attraverso l'art. 23 legge n. 689/1981⁴⁶, che consente al giudice ordinario di modificare l'entità della sanzione, ed elaborò così la distinzione tra "*sindacato debole*" sull'accertamento dell'illecito che implica valutazioni tecniche e "*sindacato forte*", cioè esteso al merito, sull'entità della sanzione pecuniaria⁴⁷.

Nacque così – caso più unico che raro – una giurisdizione di merito di creazione giurisprudenziale.

Oggi c'è l'art. 134 c.p.a. con cui il legislatore delegato non ha fatto altro che recepire quell'orientamento giurisprudenziale ma questo potrebbe far sorgere qualche dubbio sulla legittimità costituzionale di tale norma per le stesse ragioni che hanno indotto la Consulta a "riconsegnare" al giudice ordinario le controversie sui provvedimenti della Consob e della Banca d'Italia – ovvero per difetto di delega – perché in materia di giurisdizione la giurisprudenza che il legislatore delegato avrebbe dovuto recepire nel c.p.a. non è quella del Consiglio di Stato bensì quella della Corte di Cassazione, quale giudice della giurisdizione, che non ha mai riconosciuto tale giurisdizione di merito.

Sin dal 2005 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 29 aprile 2005, n. 8882) hanno affermato che la tutela offerta dal giudice amministrativo non è meno effettiva di quella offerta dal giudice ordinario perché la sua diversità è data dalla differente situazione soggettiva tutelata: l'annullamento del provvedimento realizza un effetto eliminatorio, ripristinatorio e conformativo a cui si è aggiunto il risarcimento del danno e tanto basta per garantire una tutela effettiva contro il cattivo uso del pubblico potere⁴⁸. In particolare sono illuminanti le parole con cui le Sezioni Unite hanno sottolineato che il richiamo dell'art. 23 legge n. 689/1981 da parte dell'art. 31 legge n. 287/1990 non consente di configurare una giurisdizione di merito perché tale norma "*non de-*

⁴⁵ Art. 103 par. 2, lett. a) e art. 261 TFUE, nonché art. 31 regolamento (CEE) n. 1/2003 in cui si legge "*La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata*".

⁴⁶ "*Con la sentenza il giudice può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento o accoglierla, annullando in tutto o in parte l'ordinanza o modificandola anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta*".

⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

⁴⁸ Nella sentenza si legge: "*anche in ambito comunitario il controllo esercitato dalla Corte di giustizia è di regola un controllo di legittimità (art. 230, ex art. 173, del Trattato). È vero che, ai sensi dell'art. 229 (ex 172) del Trattato, i regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio in virtù delle disposizioni del Trattato medesimo possono attribuire alla Corte di giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi; mentre, come ricorda la ricorrente, in base al regolamento del Consiglio n. 17 del 196 (vigente all'epoca delle infrazioni contestate) il giudice comunitario può escludere, ridurre o maggiorare le sanzioni. Ma è vero del pari che, in forza dell'art. 23 della legge n. 689 del 1981 (richiamato, per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni della legge n. 287 del 1990, dall'art. 31 di detta legge), il giudice nazionale – nella specie, quello amministrativo – può annullare in tutto o in parte l'ordinanza ingiunzione o modificarla anche limitatamente alla sanzione dovuta. E tale potere, che il Consiglio di Stato ha concretamente esercitato come già si è posto in luce, non presenta differenze sostanziali rispetto a quello che può essere esercitato in ambito comunitario*".

manda al giudice ordinario valutazioni di opportunità o di convenienza (fino al punto di sostituire proprie scelte discrezionali a quelle operate dalla P.A. in base a regole non giuridiche ispirate per l'appunto a criteri di equità, opportunità o convenienza), ma gli conferisce il potere di verificare i fatti e (in via di deroga in relazione ai poteri normalmente conferiti al giudice ordinario nei confronti degli atti della P.A.) un potere di annullamento, che è proprio dei poteri attribuiti al giudice amministrativo, nonché un potere di modifica del provvedimento anche quanto all'entità della sanzione dovuta".

Al contrario in dottrina è stato sostenuto che questa giurisdizione di merito non riguarderebbe solo l'entità della sanzione, bensì tutte le valutazioni contenute nel provvedimento sanzionatorio, comprese quelle relative alle scelte tecniche, e che tale interpretazione sarebbe imposta dall'art. 6 CEDU il quale garantisce che il nucleo centrale della controversia – consistente nella spettanza del bene della vita oggetto di conflitto tra cittadino ed amministrazione – sia deciso nelle forme del giusto processo⁴⁹.

Com'è noto, il c.p.a. dedica due norme distinte alla giurisdizione sui provvedimenti in esame: a) l'art. 133 che devolve alla giurisdizione esclusiva (che, come si è detto, è di sola legittimità) le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori, adottati dalle autorità ivi indicate; b) l'art. 134 che devolve alla giurisdizione estesa al merito le controversie aventi ad oggetto *"le sanzioni pecuniarie"*.

Di fronte a tale apparente antinomia l'interprete ha il dovere di trovare un significato che salvaguardi entrambe le norme.

E così è stato perché finora la giurisprudenza amministrativa le ha sempre applicate in modo coordinato, nel senso sopra illustrato, e coerente con la distinzione tra *"sindacato forte"* e *"sindacato debole"*: tutte le valutazioni contenute nei provvedimenti sanzionatori sono soggette al sindacato di legittimità ad eccezione di quelle relative all'entità della sanzione pecuniaria sulle quali il controllo è esteso al merito, potendo il giudice modificare la misura della sanzione⁵⁰.

Questo orientamento non può essere messo in discussione per diverse ragioni.

Innanzitutto, per la lettera dell'art. 134 c.p.a., in quanto se il legislatore avesse voluto attribuire il provvedimento sanzionatorio nella sua interezza alla giurisdizione di merito non avrebbe circoscritto quest'ultima alle sole *"sanzioni pecuniarie"*.

In secondo luogo, perché la legge delega sul c.p.a. ha imposto il recepimento di orientamenti giurisprudenziali e la giurisprudenza, come abbiamo visto, ha sempre circoscritto il sindacato di merito alla sola parte sanzionatoria del provvedimento.

In terzo luogo, perché tale interpretazione è conforme a quella del giudice europeo, con l'unica differenza che esso può anche aumentare la sanzione.

In quarto luogo, perché nella nota sentenza *Menarini Diagnostic* la Corte EDU ha condiviso tale interpretazione ritenendola conforme all'art. 6 della CEDU⁵¹.

⁴⁹ F. GOISIS, *op. cit.*

⁵⁰ Anche nella sentenza n. 4990/2019 Cons. Stato si legge che *"la giurisdizione di merito sulle sanzioni pecuniarie, per quanto prefigurata in termini ampi dall'art. 134, comma 1, lettera c), c.p.a., è stata interpretata dal Consiglio di Stato come riferita soltanto alla quantificazione della sanzione e non agli accertamenti complessi dell'illecito antitrust"*.

⁵¹ La Corte EDU ha affermato che il sindacato giurisdizionale effettuato sulla sanzione di una autorità indipendente è da considerarsi di piena giurisdizione nella misura in cui il giudice può

Infine, non va dimenticato che i casi di giurisdizione di merito sono tassativi, eccezionali e storicamente recessivi pertanto, ai sensi dell'art. 14 prel., non sono suscettibili di applicazione estensiva.

Peraltro, se si passa dalla teoria alla prassi e si analizza in concreto l'effettiva portata di tale sindacato di merito ci si rende conto dell'impossibilità di trovare lo spazio in cui possa essere esercitato; tant'è che fino ad oggi le sentenze del giudice amministrativo che hanno ridotto l'importo della sanzione pecuniaria lo hanno fatto solo per motivi di legittimità⁵². Ciò in quanto, come sottolineato dalle Sezioni Unite nella suddetta sentenza 29 aprile 2005, n. 8882, non si tratta di una vera e propria giurisdizione di merito.

È noto che nella giustizia amministrativa la distinzione tra legittimità e merito non ha lo stesso significato che ha nel processo civile (cioè di giudice del solo diritto e giudice anche del fatto), perché nel processo amministrativo di legittimità il giudice ha pieno accesso al fatto ed un grammo di fatto può pesare più di una tonnellata di diritto, mentre il merito rappresenta quel complesso di scelte che la legge riserva all'amministrazione e sottrae alla giurisdizione.

Quindi, se la parola "merito" sta ad indicare la zona sottratta al controllo di legittimità, allora la giurisdizione estesa al merito si caratterizza per il fatto che al giudice è eccezionalmente consentito di accedere a questa zona franca, sostituendosi alla pubblica amministrazione nelle sue valutazioni di opportunità e convenienza e dettando direttamente la regola del rapporto. Pertanto, ciò che contraddistingue questo diverso modo di giudicare non è soltanto l'effetto sostitutivo o modificativo del provvedimento, in luogo dell'effetto conformativo della decisione di legittimità, ma soprattutto il diverso parametro di giudizio che non è la conformità alla legge bensì a criteri di opportunità, ed è per questo che si parla al riguardo di attività amministrativa resa in forma giurisdizionale, piuttosto che di vera e propria attività giurisdizionale.

Ne consegue che la giurisdizione di merito intanto è esercitabile in quanto a monte l'autorità nell'emanare l'atto abbia compiuto valutazioni di opportunità. Ma in una materia come quella sanzionatoria – che è largamente dominata dal principio di legalità – occorre chiedersi qual è lo spazio che la legge lascia alle valutazioni di opportunità.

In verità, la quantificazione delle sanzioni non deriva da valutazioni di opportunità perché il principio di uguaglianza impone una stretta aderenza ai criteri fissati dalla legge (criteri che poi a cascata sono specificati da atti amministrativi generali come gli "orientamenti" adottati dalla Commissione europea e

verificare l'adequatezza e la proporzionalità della sanzione all'infrazione commessa e, ove necessario, anche sostituirla e che nella fattispecie sottoposta al suo esame non vi è stata violazione dell'art. 6, comma 1, CEDU, in quanto la decisione della Agcm è stata sottoposta ad un adeguato e penetrante controllo da parte di un giudice il cui sindacato non è limitato ad un controllo «esterno» sulla coerenza logica della motivazione del provvedimento ma si estende ad una verifica di *full jurisdiction* sull'adequatezza della pena all'infrazione commessa con possibilità di sostituzione della sanzione.

⁵² Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4976 (nel senso che al fine di ridurre l'entità della sanzione occorre tener conto dei criteri dettati dall'art. 11 legge n. 689/1981); *idem*, 20 giugno 2019, n. 4203 (nel senso che ai fini della riduzione della sanzione non assume rilievo l'accertato stato di decozione dell'impresa il quale esorbita dai criteri legali deputati alla quantificazione della sanzione); *idem*, 27 ottobre 2011, n. 5785 in cui il c.d. sindacato di merito sull'entità della sanzione viene esercitato osservando che "Qualora, come verificatosi nel caso di specie, la sanzione irrogata non appaia congruamente commisurata in relazione ai criteri di cui all'art. 11 della legge n. 689 del 1981, l'atto sanzionatorio, a norma dell'art. 23, comma 11, della medesima legge, può dunque essere modificato e adeguatamente rimodulato nella sua entità da parte del Giudice Amministrativo adito".

dalle autorità nazionali di concorrenza⁵³) ed il fatto che tali criteri non siano puntuali consente valutazioni discrezionali, ma si tratta pur sempre di valutazioni che nel caso concreto debbono essere aderenti al criterio di legge applicato, e quindi sindacabili secondo gli ordinari parametri dell'eccesso di potere.

Quindi, il giudice può ridurre la sanzione perché ritiene che sia frutto di un errore il quale però non può che consistere nella violazione dei criteri di quantificazione fissati dalla legge o negli orientamenti e quindi è pienamente intercettabile attraverso un sindacato di legittimità. Ma se l'errore non c'è non può ridurla per ragioni di opportunità o perché non condivide la "politica" sanzionatoria dell'autorità, tant'è che finora questo non è mai accaduto.

⁵³ *Orientamenti della Commissione UE per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003; Delibera Agcm 22 ottobre 2014, n. 25152 – Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90.*



COMMENTI

Tax rulings e concorrenza fiscale tra ordinamenti: l'incerta qualificazione del vantaggio selettivo nel caso Irlanda/Apple

Tax rulings and fiscal competition between legal systems: the uncertain qualification of the selective advantage in the Ireland/ Apple judgement

di **Camilla Buzzacchi** *

ABSTRACT

Il fenomeno di crescente rilevanza, nel contesto dell'Unione europea, dell'impiego di accordi fiscali – i *tax rulings* o «decisioni fiscali anticipate» – tra Stati e operatori economici è giunto ad un passaggio significativo per effetto della sentenza del Tribunale EU del 15 luglio 2020 a seguito della controversia sollevata da Irlanda e Apple nei confronti della decisione sugli aiuti di Stato che ha riguardato la società leader del digitale. L'analisi della pronuncia consente di inquadrare molteplici aspetti assai discussi di tale evoluzione, che è utile collocare anche nella prospettiva degli sforzi della Commissione per un sistema condiviso di tassazione sulle attività dei *tech titans*.

Parole Chiave: Aiuti di Stato – Vantaggio selettivo – Accordi fiscali

The increasing use of tax rulings in the EU, which are supposed to distort competition, arrives at a decisive step by effect of the judgement of the General Court of 15 July 2020. The applicant Ireland, supported by Apple, contests the decision of the Commission, who had established the existence of State aids: the judgement offers the occasion to analyse different aspects of the evolution regarding tax rulings, which can be studied also with attention to the effort of the Commission to introduce a web tax.

Key Words: State aids – Selective advantage – Tax rulings

SENTENZA DEL TRIBUNALE (SETTIMA SEZIONE AMPLIATA) 15 LUGLIO 2020

«Aiuti di Stato – Aiuto al quale l'Irlanda ha dato esecuzione – Decisione che dichiara l'aiuto incompatibile con il mercato interno e illegittimo e ne ordina il recupero – Decisioni anticipate in materia fiscale (tax rulings) – Vantaggi fiscali selettivi – Principio di libera concorrenza».

11 Le autorità tributarie irlandesi hanno adottato decisioni anticipate in materia fiscale, dette «ruling fiscali», nei confronti di taluni contribuenti che ne avevano fatto richiesta. Con lettere del 29 gennaio 1991 e del 23 maggio 2007 (in prosieguo, congiuntamente: i «ruling fiscali contestati»), le autorità tributarie irlandesi hanno espresso il loro consenso alle proposte formulate dai rappresentanti del gruppo Apple in merito agli utili imponibili dell'ASI e dell'AOE in Irlanda. (...)

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università Milano Bicocca.

26 Il 30 agosto 2016 la Commissione ha adottato la decisione impugnata. Dopo aver descritto il contesto normativo e fattuale (sezione 2) e il procedimento amministrativo (sezioni da 3 a 7), la Commissione si è concentrata sull'analisi dell'esistenza dell'aiuto (sezione 8).

27 In primo luogo, la Commissione ha rilevato che i ruling fiscali contestati erano stati concessi dall'amministrazione tributaria irlandese ed erano quindi imputabili allo Stato. Dato che comportavano una riduzione dell'importo dell'imposta dovuta dall'ASI e dall'AOE, l'Irlanda aveva rinunciato a un gettito d'imposta, il che aveva dato origine a una perdita di risorse statali (punto 221 della decisione impugnata).

28 In secondo luogo, poiché l'ASI e l'AOE fanno parte del gruppo Apple, operante in tutti gli Stati membri, i ruling fiscali contestati potevano incidere, di conseguenza, sugli scambi all'interno dell'Unione europea (punto 222 della decisione impugnata).

29 In terzo luogo, poiché i ruling fiscali contestati avevano comportato una riduzione della base imponibile dell'ASI e dell'AOE, ai fini della determinazione dell'imposta sulle società in Irlanda, essi procuravano un vantaggio a queste due società (punto 223 della decisione impugnata).

30 Inoltre, secondo la Commissione, poiché i ruling fiscali contestati erano stati concessi esclusivamente all'ASI e all'AOE, la loro natura selettiva poteva essere presunta. Tuttavia, a fini di completezza, la Commissione ha sostenuto che i ruling fiscali contestati costituivano una deroga al quadro di riferimento, vale a dire il regime di tassazione ordinario delle società in Irlanda (punto 224 della decisione impugnata).

31 In quarto luogo, se risultasse che i ruling fiscali contestati comportavano una riduzione dell'importo dell'imposta dovuta dall'ASI e dall'AOE, essi sarebbero quindi atti a migliorare la posizione concorrenziale di queste due società e, pertanto, a falsare o a minacciare di falsare la concorrenza.

(...)

505 Tenuto conto delle conclusioni di cui ai precedenti punti 312, 481 e 504, secondo le quali occorre accogliere i motivi dedotti dall'Irlanda nonché dall'ASI e dall'AOE contro le valutazioni effettuate dalla Commissione nell'ambito dei suoi ragionamenti svolti in via principale, in subordine e del ragionamento alternativo, si deve concludere che la Commissione non ha dimostrato, nel caso di specie, che, adottando i ruling fiscali contestati, le autorità tributarie irlandesi avevano concesso un vantaggio selettivo all'ASI e all'AOE ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

506 A tal riguardo, occorre ricordare che, sebbene, secondo una giurisprudenza costante, citata al precedente punto 100, la Commissione possa qualificare una misura fiscale come aiuto di Stato, ciò avviene solo purché sussistano le condizioni di tale qualificazione.

507 Nel caso di specie, poiché la Commissione non è riuscita a dimostrare sufficientemente l'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, occorre annullare la decisione impugnata nel suo insieme, senza che sia necessario esaminare gli altri motivi dedotti dall'Irlanda nonché dall'ASI e dall'AOE.

(...)

SOMMARIO: 1. I *tax rulings* tra politica della concorrenza e politica fiscale europea. – 2. Le «decisioni fiscali anticipate» come vantaggi economici e selettivi – 3. Il principio *dell'arm's length* e la controversa questione dell'applicazione dei criteri OECD. – 4. Il nodo della natura delle imprese: ammissibile l'assimilazione di operatori multinazionali a operatori indipendenti? – 5. Il riconoscimento del vantaggio selettivo a favore di Apple nel provvedimento della Commissione del 2016. – 6. La sentenza del 2020: l'errore nella valutazione del diritto tributario irlandese e delle attività del gruppo Apple. – 7. Quali prospettive per l'*enforcement* della politica della concorrenza nei confronti dei *tax rulings*. – 8. Quali prospettive per la politica fiscale europea.

1. I *tax rulings* tra politica della concorrenza e politica fiscale europea

La pronuncia del Tribunale dell'Unione europea sulla decisione della Commissione 2017/1283 relativa all'aiuto di Stato sotto forma di esenzione fiscale concesso dall'Irlanda a favore di Apple è intervenuta il 15 luglio 2020 in un

clima di aspettative crescenti e incrociate: dopo anni di indagini della Commissione sui *tax rulings* di cui diversi operatori economici beneficiano da parte di alcuni Stati dell'Unione, questa presa di posizione era attesa affinché desse più di un segnale da molteplici punti di osservazione.

Le aspettative erano e continuano ad essere – posto che la sentenza è stata impugnata dalla Commissione di fronte alla Corte di giustizia, e va dunque incontro ad un ulteriore passaggio significativo per i *tax rulings* – tanto quelle di coloro che ritengono non opportuno che la Commissione persegua fini di contrasto all'evasione fiscale attraverso la vigilanza sugli aiuti di Stato; quanto quelle di chi auspica da una sentenza di favore verso la decisione della Commissione un avallo all'accelerazione verso l'unificazione fiscale a livello europeo. La pronuncia del 2020 sull'aiuto di Stato SA 38373 (2014/C) presenta pertanto plurimi profili di interesse: essa merita un'analisi per il contributo che apporta al dibattito in tema di aiuti di Stato e, più nello specifico, in tema di «decisioni fiscali anticipate», come vengono qualificati i *tax rulings*. Di questi le grandi imprese multinazionali risultato beneficiarie in misura sempre più diffusa e, soprattutto, con effetti significativi – e sempre più discutibili – dal punto di vista delle dinamiche competitive e dell'equità sociale.

Pare pertanto opportuno inquadrare preliminarmente la linea che da alcuni anni è chiaramente riconoscibile nell'*enforcement* della disciplina sugli aiuti di Stato con riferimento a questi particolari accordi fiscali. Alla luce di questa si effettua la successiva disamina della sentenza del 15 luglio, per comprendere in quale misura essa incida sull'indirizzo che la Commissione ha impresso al proprio *enforcement*: del resto il successivo ricorso alla Corte di giustizia del settembre 2020 conferma e consolida un indirizzo di contrasto all'evasione e di impegno per una maggiore equità fiscale. Ma ancor più la decisione offre l'occasione per ragionare sui confini delle competenze tra Stati membri e Unione, a partire dalle politiche che sono coinvolte dal caso in questione: la politica della concorrenza e la politica fiscale, due ambiti caratterizzati dall'esclusiva attribuzione a una delle due parti in gioco – l'ordinamento europeo per quanto concerne la prima, gli ordinamenti nazionali per quanto riguarda la seconda – che, alla luce di questo passaggio giurisprudenziale, sembrano invece trovare punti e momenti di tangenza e, pertanto, sollevare interrogativi quanto all'imputazione. Se inoltre si considera che il recente orientamento della Commissione a indagare i *tax rulings* viene percepito come un suo perseguire obiettivi di contrasto all'evasione, in un più ampio orizzonte di costruzione di una unione fiscale e di una correlata politica europea, si comprende che questa pronuncia, la precedente *Lussemburgo/Commissione* del 24 settembre 2019 e quelle che ancora interverranno vanno considerate e lette anche in questa visuale, che esula dallo stretto campo della vigilanza *antitrust* ed approda a possibili ampliamenti di attribuzioni a livello sovranazionale.

È opportuna pertanto una breve panoramica su alcune questioni centrali e nodali che da anni contraddistinguono le decisioni della Commissione in materia di *tax rulings*, per valutare poi la risposta che alle medesime si rinviene nella sentenza dell'estate 2020: con riferimento ad essa si possono poi prospettare probabili ed auspicabili evoluzioni tanto sul piano giurisprudenziale quanto su quello della vigilanza dell'*antitrust* europeo. L'opportunità della panoramica sui profili di criticità che circondano la vicenda dei *rulings* fiscali conduce quindi a trattare sinteticamente le tematiche del carattere della selettività e del vantaggio economico rappresentato da un accordo di tale natura; il principio dell'*arm's length* e la controversa questione dell'applicazione dei criteri OECD;

infine la discussione sulla natura delle imprese, la cui assimilazione a operatori multinazionali o a operatori indipendenti può essere decisiva per determinare la sussistenza o meno di un aiuto di Stato. Tutte queste prospettazioni ricorrono nella decisione del Tribunale europeo e la loro rilevanza nei confronti delle cause T-778/16 e T-892/16, e dunque dei ricorsi della Repubblica d'Irlanda e di Apple, è destinata ad acquisire specifica evidenza.

2. Le «decisioni fiscali anticipate» come vantaggi economici e selettivi

La dottrina ha ampiamente inquadrato il complesso contesto nel quale si collocano le indagini e le decisioni che la Commissione europea ha adottato dal 2014 in relazione a *tax rulings* che hanno interessato imprese multinazionali: l'applicazione delle norme dei Trattati sugli aiuti di Stato alle misure fiscali che gli Stati membri hanno adottato nei confronti di alcune categorie di contribuenti risale in realtà a tre decenni prima – a partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 2 luglio 1974, *Italia/Commissione*¹ – ma i provvedimenti più recenti hanno riguardato trattamenti fiscali di natura nuova, che hanno come beneficiari operatori economici che stanno acquisendo preminenza nello scenario dell'economia non solo europea, ma sicuramente globale².

Con l'espressione *tax ruling* si intende la determinazione di un'amministrazione fiscale che consente al contribuente, che ad essa si è rivolta in sede di interpello, di conoscere anticipatamente il regime fiscale che sarà a lui applicato, in ragione della valutazione che quell'amministrazione ritiene di effettuare circa l'operare del regime fiscale generale nei confronti del caso specifico, prospettato dal contribuente stesso. La Commissione si è pronunciata a tale proposito con la *Comunicazione relativa alla nozione di aiuti di Stato* del 19 luglio 2016³, e a fronte della definizione fornita al punto 169 i *tax rulings* assumono la qualifica di «decisioni amministrative preliminari» o «decisioni fiscali anticipate»: i punti 172 e 173 descrivono i passaggi che la Commissione segue per valutare la compatibilità delle suddette determinazioni.

La finalità delle stesse – che in linea generale sono accordi ammessi⁴ – è

¹ Corte Giust., 2 luglio 1974, causa 173/73, *Italia/Commissione*. Si veda a tale proposito A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di Stato, un passo in avanti verso l'Unione fiscale?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, p. 926. Di quella pronuncia l'A. richiama, in nota 1, il punto di arrivo che ha poi condizionato la successiva attività della Commissione: ovvero che né il carattere fiscale né il fine sociale delle misure sottraggono delle misure nazionali di sostegno all'applicazione della disciplina europea sul divieto di aiuti anticoncorrenziali: non è infatti la causa o lo scopo che può ricadere sotto l'esame dell'autorità di vigilanza europea, bensì gli effetti delle suddette misure.

Pare di potere sostenere tuttavia che in materia ambientale, e dunque in relazione a finalità di salvaguardia di un bene costituzionale sia europeo che degli Stati membri, le misure fiscali abbiano goduto di un approccio di maggior favore. Cfr. a tale proposito C. BUZZACCHI, *Aiuti di Stato in forma di incentivi ed esenzioni fiscali: il nuovo paradigma della politica ambientale europea*, in *Dir. econ.*, 2008, p. 325 ss.

² È interessante la riflessione di R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2019, p. 81 ss., che inquadra le problematiche della vigilanza *antitrust* statunitense ed europea a fronte della presenza dei c.d. *tech titans*.

³ 2016/C 262/01.

⁴ M. BOCCACCIO, *L'evoluzione della politica della Commissione su aiuti di Stato e ruling fisca-*

apparsa alle origini prevalentemente orientata a condurre ad una maggiore certezza del diritto⁵, posto che evidentemente patti di questa tipologia permettono di eliminare oneri imprevisti sul piano fiscale: essi certificano un metodo di calcolo della base imponibile, normalmente quello che lo stesso contribuente propone, e riguardano nella maggior parte dei casi la definizione dei prezzi di trasferimento per le transazioni tra parti di uno stesso gruppo economico⁶. Tali parti – che nella prospettiva economica sono totalmente integrate e dunque ne costituirebbero una unica, ma che in un approccio giuridico appaiono invece separate e distinte – possono essere collocate in ordinamenti diversi, che applicano perciò differenti regimi fiscali, e proprio da questa dislocazione non uniforme il contribuente può trarre benefici, individuando la giurisdizione fiscale laddove il regime di prelievo sia più favorevole. In molti casi il contenuto dei *rulings* non si riferisce alle transazioni tra parti che appaiono distinte, ma alla nozione di *permanent establishment*⁷, che implica una significativa presenza da parte di un'impresa al di fuori dello Stato di residenza, che fa sorgere una responsabilità fiscale. In questo complesso di ipotesi il riconoscimento *ex ante* all'impresa del meccanismo di individuazione della base imponibile consente alla stessa di «dimensionare» tale base nella misura più vantaggiosa.

Ma più recentemente ben altra appare essere la loro funzionalità, ovvero collegata a obiettivi di politiche pubbliche ulteriori rispetto a quelle tributarie. Si è parlato di «uso alternativo» dei *rulings*, e tale formula fa riferimento ad aspettative che gli Stati possono avere, nel riconoscimento in via segreta di vantaggi fiscali a imprese multinazionali, in relazione a investimenti che le stesse potranno effettuare sul loro territorio, con benefiche ricadute in termini di crescita dell'occupazione e di stimolo alle attività commerciali⁸. È dunque evidente che tanto i contribuenti coinvolti da questi accordi quanto gli Stati che si sono impegnati a concedere una fiscalità di vantaggio sono portatori di interessi significativi, ma a fronte di questi la Commissione europea si è trovata invece a valutare se tali intese fiscali possano costituire violazioni del divieto di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE. La questione è stata affrontata già a partire dal 1998, in occasione della *Comunicazione sulle misure di tassazione diretta*⁹, nella quale si è prospettata l'eventualità che le decisioni fiscali anticipate siano in realtà modalità di alterazione della concorrenza.

Ma il tema ha assunto valenza ben più cruciale nel decennio che si è con-

li, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2017, p. 223, ricostruisce la presunzione di liceità negli atti di *soft law* della Commissione.

⁵ Cfr. a titolo di esempio M. BOCCACCIO, *Apple e dintorni*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2018, p. 425: ma vi è una visione unanime in letteratura a tale riguardo.

⁶ Si rinvia a M. MASCITTI, *Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale ... Why Ruling no more?*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2018, p. 246 ss., per approfondimenti tra diritto interno, internazionale ed europeo.

⁷ Nozione per la quale vale la definizione di R. LYAL, *Transfer Pricing Rules and State Aid*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, p. 1020: «the same problem arises in the relations between a company and its permanent establishment in another country. The branch will normally be taxed in the State of establishment as if it were an independent business entity».

In tema di stabile organizzazione si rinvia a C. SACCHETTO, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 67 ss.; S. MAYR-B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 101 ss.

⁸ Questa la posizione di A. ARENA, *State Aids and Tax Rulings: An Assessment of the Commission's Recent Decisional Practice*, in *Market and Competition Law Review*, 2019, p. 49 ss.

⁹ *Comunicazione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, 98/C 384/03.

cluso, posto che i contribuenti coinvolti nei *rulings* sono imprese con volumi di attività – e dunque di profitti – tali per cui un trattamento fiscale di vantaggio determina effetti che sollevano interrogativi con riguardo tanto alla disciplina degli aiuti di Stato quanto alle conseguenze in termini di minor gettito, che gli Stati evidentemente accettano in vista di altri benefici: ora è soprattutto in ragione della distorsione che tali *rulings* possono provocare rispetto alla competizione nei mercati interessati che occorre inquadrare i medesimi, benché la riduzione del gettito sia un elemento che concorre a valutare la sussistenza dell'intervento agevolativo.

A tal fine i caratteri che vanno rinvenuti nelle decisioni fiscali affinché esse possano configurarsi come aiuti sono quelli della selettività e del vantaggio: essi rappresentano due dei cinque requisiti che devono contestualmente essere verificati affinché si determini la violazione dell'art. 107 TFUE, ma per queste tipologie di misure di favore per gli operatori economici selettività e vantaggio costituiscono gli elementi che presentano i maggiori profili di ambiguità e di criticità.

Anzitutto va osservato che tali due requisiti sono distinti e autonomi, ma avviene poi che nella verifica dell'applicazione della decisione fiscale essi appaiono reciprocamente assorbiti e comunque strettamente legati. In più va segnalato che l'approccio che la Commissione impiega, a fronte della giurisprudenza della Corte, è specifico nei confronti dei *tax rulings*, e fa riferimento alla sentenza del 2015 *Commissione/Mol*. Alla luce di tale pronuncia «il requisito della selettività (...) deve essere chiaramente distinto dall'individuazione concomitante di un vantaggio economico, in quanto, quando la Commissione rileva la presenza di un vantaggio, inteso in senso ampio, direttamente o indirettamente ascrivibile a una determinata misura, essa è tenuta a dimostrare, inoltre, che tale vantaggio vada a favore specificamente di una o più imprese. A tal fine, spetta ad essa dimostrare, in particolare, che la misura di cui trattasi introduce differenziazioni tra le imprese che, rispetto all'obiettivo perseguito, versano in una situazione analoga. Occorre dunque che il vantaggio sia concesso in modo selettivo e sia idoneo a porre talune imprese in una situazione più favorevole rispetto ad altre»¹⁰.

In merito specificamente alla selettività la decisione del 2015 chiarisce che tale requisito «è diverso a seconda che la misura di cui trattasi sia considerata un regime generale di aiuti oppure un aiuto individuale. In quest'ultimo caso, l'individuazione del vantaggio economico consente, in linea di principio, di presumere la sua selettività. Per contro, nell'esaminare un regime generale di aiuto, è necessario stabilire se la misura in questione, nonostante la constatazione che essa conferisce un vantaggio di portata generale, lo faccia a beneficio esclusivo di talune imprese o di taluni settori di attività»¹¹. Dunque la selettività va valutata partendo anzitutto dall'individuazione di uno schema d'aiuto – il *framework system* consistente in un «set of rules that generally apply, on the basis of objective criteria, to all undertakings falling within its scope» secondo la Comunicazione del 2016 – oppure di un aiuto individuale: l'assenza di un regime generalizzato è verosimilmente indice di sussistenza della selettività¹²,

¹⁰ Corte Giust., 4 giugno 2015, *Commissione/Mol*, causa C-15/14, punto 53.

¹¹ *Ivi*, punti 59 e 60.

¹² Si rinvia a S. MORENO GONZALES, *State aid, tax competition and BEPS: comments on the European Commission's decisions on transfer pricing rulings*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 17-00, p. 1 ss., per la disamina della valutazione della selettività da parte della Commissione nei confronti dei *tax rulings* dal 2014.

ma l'operazione di riconoscimento dei due requisiti non è poi così lineare ed automatica.

Quanto al vantaggio economico, esso è rappresentato da una situazione finanziaria favorevole a fronte della quale un operatore si trova avvantaggiato, nel mercato, rispetto ai concorrenti: essa può essere il frutto delle più varie misure, ma in particolare per i *tax rulings* viene qualificata in termini di «riduzione del debito tributario dovuto dal destinatario nello Stato membro rispetto ad altre imprese che si trovano in una situazione di diritto e di fatto analoga»¹³. Se si considera che nella Comunicazione del 2016 si parla di «vantaggio selettivo», appare evidente come risulti confermato lo stretto legame – al limite dell'inscindibilità – tra carattere selettivo e vantaggio economico per il destinatario.

Come si è detto, la Comunicazione del 2016 delinea la procedura di valutazione, e questa prevede che si parta dal principio di libera concorrenza: questo principio consente di «stabilire se l'utile imponibile di una società del gruppo ai fini dell'imposizione del reddito delle società è stato determinato sulla base di un metodo che produca un'approssimazione attendibile del risultato rispondente alle condizioni di mercato»¹⁴. Si aggiunge che la Commissione può tener conto delle indicazioni fornite dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico: il riferimento è alle *Transfer Pricing Guidelines*, che costituiscono orientamenti sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali, i quali non riguardano evidentemente la materia degli aiuti di Stato, e tuttavia «riassumono i principi condivisi a livello internazionale in materia di prezzi di trasferimento e forniscono utili indicazioni per le amministrazioni fiscali e le imprese multinazionali su come garantire che il metodo di fissazione dei prezzi di trasferimento produca un esito conforme alle condizioni di mercato»¹⁵.

Anche questo terzo requisito va brevemente richiamato.

3. Il principio dell'*arm's length* e la controversa questione dell'applicazione dei criteri OECD

Occorre individuare il ruolo e il contenuto dell'*arm's length* nell'ambito dei *tax rulings*. Tale principio è stato elaborato un secolo fa in seno alla Società delle Nazioni ed era funzionale a prevenire doppie imposizioni nei confronti di imprese multinazionali: successivamente, rispetto ad esso, l'OECD ha individuato modalità di calcolo dei prezzi di trasferimento che garantissero a questi operatori economici di massimizzare il loro profitto senza che la minimizzazione del carico fiscale a cui si assoggettavano venisse considerata concorrenza dannosa¹⁶.

¹³ Comunicazione, 2016/C 262/01, cit., punto 170.

¹⁴ *Ivi*, punto 172. Si specifica che «Un *ruling* che applichi tale metodologia assicura che alla società di cui trattasi non sia riservato, in base alle norme ordinarie di imposizione degli utili delle società vigenti nello Stato membro in questione, un trattamento favorevole rispetto alle società indipendenti che sono soggette ad imposta sul loro utile contabile, corrispondente ai prezzi stabiliti sul mercato secondo le condizioni di libera concorrenza».

¹⁵ *Ivi*, punto 173.

¹⁶ P.J. WATTEL, *Stateless income, state aid and the (which) arm's length principle*, in *Intertax*, 2016, p. 792, osserva come «the arm's length principle used by the Commission for State aid

A livello europeo questo criterio è stato gradualmente recepito fino al punto che la Commissione lo ha fatto proprio, pur non convincendo gli osservatori della congruità di tale operazione: il principio appare coincidere con l'art. 107 TFUE in alcune decisioni adottate, tra le quali proprio quella riguardante Apple, ma a fronte dei commenti che hanno accompagnato le medesime la Commissione ha poi smorzato il riferimento alle linee Guida OECD, che sono diventate solo un criterio meramente sussidiario. La principale critica a questa sorta di appiattimento della Commissione al principio in questione si basa sulla circostanza che le decisioni di imposizione sono prettamente nazionali, legate ad una potestà sovrana di ordinamenti politici e non decisioni di mercato: e dunque l'imposta, che naturalmente dovrebbe corrispondere un'impresa, non è quella determinata da dinamiche concorrenziali ma da un regime fiscale definito da una legislazione statale, che non può rappresentare un parametro collegato ad una normale competizione tra operatori ¹⁷.

4. Il nodo della natura delle imprese: ammissibile l'assimilazione di operatori multinazionali a operatori indipendenti?

Un ultimo profilo che contraddistingue in maniera peculiare le decisioni della Commissione sui *tax rulings* ha a che fare con la particolare natura delle imprese che ricorrono ai medesimi: soggetti avente carattere multinazionale e in forma di gruppo, circostanze che rendono convenienti queste decisioni anticipate, delle quali un'impresa priva dei medesimi caratteri non avrebbe motivo di avvalersi. Le c.d. imprese indipendenti – distinte pertanto da quelle multinazionali e a gruppo – non si troverebbero nelle condizioni di beneficiare di accordi fiscali e finiscono poi per essere svantaggiate, nelle condotte di mercato, nei confronti di concorrenti quali le imprese digitali come Apple o operatori di altri settori come Starbucks o Fiat, che usufruiscono invece di tali evidenti benefici fiscali.

Non si entra nello specifico di questa problematica, che concerne gli assetti societari di queste particolari imprese. Ci si limita a fare riferimento al quadro effettuato dalla letteratura, che ha evidenziato le operazioni infra-gruppo che rendono appetibili i *tax rulings*: «Un punto caratteristico della struttura di queste imprese consiste nel fatto che una molteplicità di transazioni che le riguardano, quelle interne al gruppo, cioè che intercorrono tra entità che costituiscono parti della stessa multinazionale, sono transazioni che avvengono al di fuori del mercato. A queste transazioni devono essere attribuiti dei prezzi *convenzionali*, detti prezzi di trasferimento. Ora, a causa della diversità di tassazione esistente nelle diverse giurisdizioni nelle quali operano le entità appartenenti alla stessa multinazionale, tali prezzi possono essere calcolati in modo da "attribuire" quanti più profitti possibile all'entità collocata nella giurisdizione fiscalmente più favorevole» ¹⁸. Come è evidente, si è qui in presenza di prezzi che nulla hanno da spartire con i meccanismi che normalmente presiedono

purposes, is aimed at protecting a level playing field for all economic operators in the internal market, i.e. at protecting free competition. It is therefore part of competition law, more than it is part of tax law».

¹⁷ A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings*, cit., p. 940. Cfr. anche M. BOCCACCIO, *L'evoluzione della politica della Commissione*, cit., p. 224 ss.

¹⁸ Cfr. ancora M. BOCCACCIO, *L'evoluzione della politica della Commissione*, cit., p. 212.

alla loro determinazione, quelli di mercato: imprese di questa natura riescono ad agire su questi costi «interni» e a presentare poi basi imponibili artificiali, che beneficeranno di regimi fiscali di favore, di cui imprese indipendenti operanti nei medesimi mercati non potranno in alcun modo usufruire.

A fronte di queste specificità dei *tax rulings* e dei soggetti che di essi possono godere, va ora affrontata la sentenza del Tribunale europeo riguardante Apple, al fine di comprendere in quale misura e con quali argomenti essa abbia respinto le prospettazioni formulate dalla Commissione nella decisione del 2016, di cui si ricostruiscono i passaggi essenziali.

5. Il riconoscimento del vantaggio selettivo a favore di Apple nel provvedimento della Commissione del 2016

La decisione della Commissione del 30 agosto 2016 relativa all'aiuto di Stato Sa 38373, al quale l'Irlanda ha dato esecuzione a favore di Apple, è uno dei provvedimenti che l'*antitrust* europeo ha adottato negli ultimi sei anni in ambito di decisioni fiscali anticipate. Gli altri hanno avuto come destinatari le multinazionali Starbucks, Fiat e Amazon¹⁹ mentre la decisione 11 gennaio 2016 ha dato risposta ad un interpello dello Stato belga, che nel 2002 ha varato una disciplina di favore usufruibile indistintamente da tutte le multinazionali – e trentacinque vi hanno aderito – che la Commissione ha valutato incompatibile con il mercato interno²⁰. Quest'ultima decisione, conosciuta come *Excess Profit*, è stata annullata dal Tribunale dell'Unione con sentenza del 14 febbraio 2019: la decisione della Commissione è stata infatti considerata illegittima per l'assenza di un approccio sistematico da parte dell'ordinamento belga nel concedere tali trattamenti differenziati.

Il provvedimento²¹ che ha riguardato Apple è intervenuto rispetto ad un regime fiscale che risale fino al 1991, anno nel quale è stato accordato alla multinazionale il primo *ruling*. Come ricostruito nella sentenza del 15 luglio 2000, con lettere del 29 gennaio 1991 e del 23 maggio 2007, le autorità tributarie ir-

¹⁹ Decisione (UE) 2018/859 del 4 ottobre 2017 relativa all'aiuto di Stato Sa 38944 cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Amazon; Decisione (UE) 2017/502 del 21 ottobre 2015 relativa all'aiuto di Stato Sa 38374 al quale i Paesi Bassi hanno dato esecuzione a favore di Starbucks; Decisione (UE) 2016/2326 del 21 ottobre 2015 relativa all'aiuto di Stato Sa 38375 cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Fiat.

Si rinvia a A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings*, cit., p. 933 ss., per una disamina delle varie decisioni.

²⁰ Decisione (UE) n. 1699/2016 dell'11 gennaio 2016 relativa al regime di aiuti di Stato sulle esenzioni degli utili in eccesso SA.37667 cui il Belgio ha dato esecuzione.

²¹ Si rinvia ad alcuni commenti della decisione: D. KYRIAZIS, *The Apple State and investigation: fiscal State aid at its best*, in *European Law Blog*, 2014; P. VALENTE, *Le indagini della Commissione europea in materia di "tax rulings" e aiuti di Stato*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 2453 ss.; G. D'AGNONE, *Illegal State Aids and Multinational Companies: The European Commission Decision on the Apple-Ireland Tax Ruling*, in *European Papers*, 2016, p. 1259 ss.; M. GREGGI, *Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva statale nei tax rulings*, in *Quad. cost.*, 2016, p. 817 ss.; S. MORRI-S. GUARINO, *Aiuti di Stato e «tax rulings»: il caso «Apple»*, in *Boll. trib. inf.*, 2016, p. 1544 ss.; R. RIZZARDI, *Dal caso "Apple" alla concorrenza fiscale corretta*, in *Corr. trib.*, 2016, p. 3237; M.C. FREGNI, *Mercato unico digitale: misure attuali e progetti di riforma*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2017, p. 72 ss.; E. STUART, *Whether or Not to Bite the Apple: Some Implications of the August 2016 Commission Decision on Irish Tax Benefits for Apple*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017.

landesi avevano «espresso il loro consenso alle proposte formulate dai rappresentanti del gruppo Apple in merito agli utili imponibili»²²; tali *rulings* riguardavano due società del gruppo, la Apple Sales International (ASI) e la Apple Operations Europe (AOE), entrambe di diritto irlandese. Le due società sono configurate come segue: «All'interno del gruppo Apple, la Apple Operations International è una controllata al 100% della Apple Inc. La Apple Operations International detiene al 100% la controllata Apple Operations Europe (AOE), che a sua volta detiene al 100% la controllata Apple Sales International (ASI). L'ASI e l'AOE sono entrambe costituite come società di diritto irlandese, ma non sono residenti fiscalmente in Irlanda»²³. Esse hanno poi costituito succursali irlandesi. Per quanto concerne ASI, essa acquista i prodotti finali da terzi soggetti (soprattutto in Cina) e li vende direttamente ad Apple Distribution International che li rivende in Europa, Medio oriente, India e Africa: «in altri termini ASI non viene mai in possesso fisicamente dei suddetti beni. ASI non svolge nessuna attività produttiva in Irlanda né aggiunge alcunché ai prodotti e i suoi profitti derivano sostanzialmente dalla differenza tra le *fee* che paga per l'assemblaggio in Cina e il prezzo che impone alle affiliate per la vendita finale dei suddetti prodotti»²⁴.

Circa AOE, essa svolge attività produttive sul suolo irlandese in relazione ad alcune linee di computer, e fornisce supporto ad altre società: la peculiarità è che «tutti i dipendenti di Apple in Irlanda sono impiegati da AOE anche se svolgono funzioni all'interno di ASI e il costo del lavoro è spartito tra queste due società»²⁵. I due *rulings* hanno definito l'utile netto in misura estremamente vantaggiosa per le due società²⁶, e a partire da giugno 2013 la Commissione ha chiesto all'Irlanda di fornirle informazioni riguardo alla prassi dei *rulings* fiscali sul suo territorio, con particolare riguardo a quelli concessi a talune entità del gruppo Apple, tra cui ASI e AOE. Esattamente un anno dopo la Commissione ha avviato il procedimento di indagine formale ponendo sotto esame l'utile imponibile attribuito alle succursali irlandesi di ASI e AOE, sulla base dell'ipotesi che i medesimi potevano costituire un aiuto di Stato, suscettibile di «procacciare un vantaggio alle imprese alle quali erano stati concessi se avessero approvato un accordo sui prezzi di trasferimento discostantesi dalle condizioni che sarebbero state fissate tra operatori di mercato indipendenti»²⁷.

La Commissione è giunta così a concludere che i *rulings* fiscali contestati determinavano una riduzione degli oneri che le due società avrebbero dovuto sostenere nell'ambito delle loro normali attività, e che pertanto essi dovevano essere considerati nel senso che avevano concesso a queste due società un aiuto al funzionamento; e ha sostenuto che Apple – in quanto gruppo – ha beneficiato dell'aiuto di Stato concesso dall'Irlanda mediante i *rulings* fiscali contestati. Infatti stando alla giurisprudenza europea le due società facevano e fanno tuttora parte del gruppo Apple, a carattere multinazionale, e quest'ultimo deve essere considerato come una singola unità economica. In particolare la Commissione ha concluso per l'esistenza di un vantaggio selettivo: lo ha fatto in via principale,

²² Corte Giust., 15 luglio 2020, *Irlanda/Commissione*, cause T-778/16 e T-892/16, punto 11.

²³ *Ivi*, punto 3.

²⁴ M. BOCCACCIO, *Apple e dintorni*, cit., p. 421.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Per il dettaglio del regime accordato si rinvia ancora a M. BOCCACCIO, *Apple e dintorni*, cit., p. 426.

²⁷ Corte Giust., 15 luglio 2020, punto 23.

richiamandosi alla mancata attribuzione delle licenze di PI del gruppo Apple alle succursali irlandesi di ASI e AOE²⁸; in subordine, richiamandosi all'inadeguatezza della scelta dei metodi di attribuzione degli utili alle succursali irlandesi²⁹; e infine a titolo di ragionamento alternativo, argomentando che i *rulings* fiscali contestati avrebbero derogato all'articolo 25 del TCA 97 – la disciplina tributaria irlandese – in modo discrezionale³⁰. Come è stato osservato, l'essenza della tesi della Commissione è stata che «Since the agreed transfer pricing methods were both inappropriate and lasted too long, the Irish tax rulings did not respect the arm's length principle, thus they did not reflect market conditions and consequently, since they also led to an inferior taxable base than would have otherwise been the case, they conferred an advantage to Apple»³¹.

I ricorrenti si appellano a molteplici argomenti, ma quelli che appaiono più significativi riguardano il vantaggio economico, la valutazione congiunta di quest'ultimo con la selettività, il travalicamento delle competenze, e infine il richiamo all'approccio autorizzato dell'OECD: rispetto a ciascuno è interessante vedere la posizione assunta dal giudice.

6. La sentenza del 2020: l'errore nella valutazione del diritto tributario irlandese e delle attività del gruppo Apple

Il giudizio del 2020 è stato adottato a seguito del ricorso di Irlanda e delle due società del gruppo Apple aventi sede nel territorio di questa Repubblica: a sostegno dello Stato irlandese è intervenuto il Granducato del Lussemburgo mentre la Commissione ha trovato l'appoggio della Repubblica di Polonia e della European Free Trade Association (EFTA), l'organizzazione intergovernativa che agisce nell'interesse di Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera.

Obiettivo del ricorso è stato l'annullamento della decisione 2017/1283 della Commissione. Il quadro prospettato dalla Commissione in quel provvedimento, nella ricostruzione operata dal giudice³², è che i *rulings* fiscali contestati erano stati concessi dall'amministrazione tributaria irlandese, e dunque da ritenere imputabili allo Stato: la riduzione dell'importo dell'imposta dovuta da ASI e da AOE ha determinato un minor gettito per l'erario irlandese, e pertanto un'esposizione in termini di risorse statali. In aggiunta, la presenza delle due società del gruppo Apple in tutti gli Stati membri ha determinato l'incidenza sugli scambi all'interno dell'Unione europea. Per quanto concerne più specificamente il vantaggio competitivo esso è stato collegato alla riduzione della base imponibile di ASI e AOE, e poiché l'accordo fiscale contestato era stato concesso esclusivamente a tali operatori, l'elemento della selettività poteva essere dedotto anche solo in via di presunzione, benché la Commissione abbia anche argomentato l'esistenza di una deroga al regime di tassazione ordinario delle società in Irlanda. Per il fatto di comportare una riduzione dell'importo dell'imposta dovuta, il *ruling* accordato dalla Repubblica d'Irlanda ha

²⁸ Decisione 2017/1283, 30 agosto 2016, punti 265-321.

²⁹ *Ivi*, punti 325-360.

³⁰ *Ivi*, punti 369-403.

³¹ D. KYRIAZIS, *The Apple State and investigation*, cit.

³² Corte Giust., 15 luglio 2020, punti 26-31.

migliorato la posizione concorrenziale delle società beneficiarie e ha così falsato o minacciato di falsare la concorrenza.

A fronte del suddetto quadro, le parti ricorrenti – la Repubblica d'Irlanda e le due società – hanno dedotto rispettivamente nove e quattordici motivi, molti dei quali in sovrapposizione. La contestazione più robusta ha riguardato il ragionamento svolto in via principale dalla Commissione, quello concernente l'esistenza di un vantaggio selettivo e la nozione di intervento dello Stato. Ma altri argomenti hanno riguardato la competenza della Commissione ad adottare la decisione impugnata, nonché l'ingerenza dell'*antitrust* nelle competenze degli Stati membri, invocando, in particolare, il principio di autonomia fiscale³³.

Il Tribunale ha anzitutto chiarito la questione della competenza della Commissione a pronunciarsi, nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato, sui *rulings* fiscali quali misura distorsiva ai sensi dell'art. 107 par. 1 TFUE: l'obiezione delle parti ricorrenti giunge fino a ipotizzare il travalicamento, da parte della Commissione, delle sue competenze e l'ingerenza nelle prerogative degli Stati membri, in particolare in violazione del principio di autonomia fiscale.

Anzitutto la Repubblica d'Irlanda e le società del gruppo Apple hanno sostenuto che la decisione del 2016 costituisce una violazione dei principi costituzionali fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'Unione che disciplinano la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, quali previsti in particolare agli articoli 4 e 5 TUE, e del principio di autonomia fiscale degli Stati membri, a cui è riservata la competenza in merito all'imposizione diretta. La posizione della Commissione nella sua decisione è stata che «sebbene gli Stati membri godano di una sovranità fiscale, ogni misura fiscale adottata da uno Stato membro deve rispettare le norme relative agli aiuti di Stato dell'Unione. Pertanto, gli Stati membri non potrebbero, mediante misure fiscali, operare una discriminazione tra operatori economici che si trovano in una situazione analoga, salvo dar luogo ad aiuti di Stato che creano distorsioni di mercato»³⁴. Su questo punto, rispetto al quale anche la dottrina aveva segnalato delle debolezze³⁵, il Tribunale osserva che anche se la materia delle imposte dirette rientra, allo stato attuale dello sviluppo del diritto dell'Unione, nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione: la giurisprudenza al riguardo è rappresentata dalle sentenze del 12 luglio 2012, *Commissione/Spagna*, C-269/09 e del 3 giugno 2010, *Commissione/Spagna*, C-487/08. Di conseguenza gli interventi degli Stati membri in materia di imposte dirette, quand'anche riguardino questioni che non siano state oggetto di armonizzazione nell'Unione, non sono esclusi dall'ambito di applicazione della normativa sul controllo degli aiuti di Stato; e devono astenersi dall'adottare, in tale contesto, qualsiasi misura che possa costituire un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno. La competenza è stata allora legittimamente esercitata dalla Commissione, che

³³ *Ivi*, punti 90-96.

³⁴ Corte Giust., 15 luglio 2020, punto 104.

³⁵ G. D'AGNONE, *Illegal Stet Aids and Multinational Companies*, cit., osserva che «The impression, though, is that the Commission finds it difficult to elaborate a fully "European" notion of fiscal State aid. This seems to be due to the fact that Member States retain exclusive power over direct taxation and that therefore they are politically unwilling to create a common ground on tax matters since, from a purely economic point of view, a more favourable tax regulation can attract investments. Member States benefit of the absence of harmonisation over this sector, and so the Commission needs to find outside the European legal system the notion of tax State aid, by giving great authority to an international instrument, even if it is a soft law one».

aveva titolo a fornire la prova dell'esistenza dell'aiuto e di un vantaggio selettivo determinato dall'adozione dei *rulings* fiscali contestati.

Ma in più vi è l'obiezione che la Commissione abbia ecceduto le proprie competenze in quanto essa si sarebbe basata su un'interpretazione unilaterale ed erronea del diritto tributario irlandese, in particolare dell'articolo 25 del TCA 97: il Tribunale riconosce invece che la Commissione doveva poter analizzare il trattamento fiscale di ASI e AOE, risultante dall'applicazione dei *rulings* fiscali contestati, con il trattamento fiscale che sarebbe stato concesso a queste due società in applicazione delle regole ordinarie in materia di imposizione fiscale applicabili in Irlanda. Esso respinge pertanto l'argomento, confermando che la Commissione possa sicuramente procedere «a un'applicazione unilaterale delle norme fiscali sostanziali e a un'armonizzazione fiscale de facto, quando essa ha esaminato se gli utili imponibili dell'ASI e dell'AOE, calcolati in forza dei *rulings* fiscali contestati, corrispondessero agli utili ricavati dalle loro succursali irlandesi, tenuto conto delle funzioni esercitate, degli attivi utilizzati e dei rischi assunti da dette succursali, che sarebbero stati imponibili ai sensi dell'articolo 25 del TCA 97»³⁶.

Anche la contestazione dell'impiego dell'approccio autorizzato dell'OECD viene respinta, benché alcuni commentatori avessero effettivamente sollevato rilievi a riguardo³⁷: «non si può censurare la Commissione per il fatto di essersi basata, in sostanza, sull'approccio autorizzato dell'OECD quando ha considerato che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 25 del TCA 97, l'attribuzione degli utili alla succursale irlandese di una società non residente doveva prendere in considerazione la ripartizione degli attivi, delle funzioni e dei rischi tra la succursale e le altre parti di tale società»³⁸. Tuttavia un primo errore della Commissione viene ravvisato nell'applicazione dell'analisi funzionale e fattuale delle attività svolte dalle succursali di ASI e di AOE, sulla quale si fonda l'applicazione dell'articolo 25 del TCA 97 da parte delle autorità tributarie irlandesi e che corrisponde, in sostanza, a quella prevista dall'approccio autorizzato dell'OECD. Il giudice accoglie infatti l'argomento dei ricorrenti che la Commissione non abbia adeguatamente applicato le disposizioni del diritto tributario irlandese relative alla tassazione degli utili delle società non residenti in Irlanda, ma che esercitano su suolo irlandese un'attività commerciale tramite una succursale.

Per quanto concerne la dimostrazione del vantaggio economico, il giudice europeo argomenta che in caso di misure fiscali l'esistenza di questo può essere accertata solo rispetto a un livello di tassazione definito «normale»: «una misura del genere conferisce un vantaggio economico al suo beneficiario in quanto allevia gli oneri che di regola gravano sul bilancio di un'impresa e che, di conseguenza, pur senza costituire una sovvenzione in senso stretto, ha la stessa natura e produce identici effetti»³⁹. L'accertamento del vantaggio fisca-

³⁶ Corte Giust., 15 luglio 2020, punto 116.

³⁷ P. ANDREWS, *Uncle Sam Is Right: The UE Probe Into Ireland's Tax Treatment of Apple is Overreach*, in *Kluwe Competition Law Blog*, 2016, osserva che «The Court doesn't hold, however, that determining branch profits using a cost-plus method violates this principle or otherwise involves State aid. Rather the judgment establishes that exclusion of specific costs when using this method to calculate profits may constitute State aid. Nor is there any reference in *Belgian Coordination Centres* to an "arm's length" principle. (Indeed, *Belgian Coordination Centres* can be read as endorsing the cost-plus method, properly applied, which the court notes is "recommended by the Organisation for Economic Cooperation and Development" (OECD).)».

³⁸ Corte Giust., 15 luglio 2020, punto 240.

³⁹ Il giudice richiama la sentenza Corte Giust., 6 settembre 2006, *Portogallo/Commissione*, causa C-88/03, punto 56.

le impone allora di confrontare la situazione del beneficiario derivante dall'applicazione della misura in questione con quella dello stesso beneficiario in mancanza della medesima misura e in applicazione delle regole ordinarie di imposizione fiscale.

In relazione alla critica del ragionamento in via principale circa l'esistenza di un vantaggio selettivo, e circa la confusione del vantaggio con il criterio della selettività, il giudice conferma invece la coerenza della linea della Commissione, che ha effettivamente esaminato sia il criterio del vantaggio sia quello della selettività, senza che rilevi che tale esame abbia riguardato i due criteri contemporaneamente.

L'errore viene invece nuovamente evidenziato con riferimento alle valutazioni della Commissione relative alle attività all'interno del gruppo Apple. Il giudice perviene alla conclusione che si tratta di attività ausiliarie e di esecuzione di politiche e strategie concepite e adottate al di fuori di tale succursale, in particolare per quanto riguarda la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione dei prodotti recanti il marchio Apple. Di conseguenza addebita alla Commissione l'erronea tesi che le funzioni e le attività svolte dalla succursale irlandese dell'ASI giustificassero l'attribuzione a tale succursale delle licenze di PI del gruppo Apple e dei redditi che ne derivavano. In più, la Commissione a torto ha ritenuto che ASI e AOE, tramite i loro organi direttivi, in particolare i loro consigli di amministrazione, non avessero le capacità di esercitare le funzioni essenziali delle società in questione, se del caso, delegando i loro poteri a singoli dirigenti, al di fuori del personale delle succursali irlandesi.

A fronte di questo percorso logico la sentenza perviene a conclusioni sulle attività all'interno del gruppo Apple che determinano l'annullamento della decisione del 2016: «la Commissione non è riuscita a dimostrare che, tenuto conto, da un lato, delle attività e delle funzioni effettivamente esercitate dalle succursali irlandesi dell'ASI e dell'AOE e, dall'altro, delle decisioni strategiche adottate e attuate al di fuori di tali succursali, a dette succursali irlandesi avrebbero dovuto essere attribuite le licenze di PI del gruppo Apple, ai fini della determinazione degli utili annuali imponibili dell'ASI e dell'AOE in Irlanda»⁴⁰.

Due sono pertanto gli errori che emergono dalla decisione di annullamento: quello relativo all'applicazione del diritto tributario irlandese, che ha condotto ad una errata definizione dell'imposizione normale; e quello relativo alle attività delle due succursali e più in generale all'assetto all'interno del gruppo Apple. In ragione di tali erronee valutazioni, il giudice dichiara l'assenza dell'esistenza di un vantaggio: «la Commissione non ha dimostrato che, adottando i *rulings* fiscali contestati, le autorità tributarie irlandesi avevano concesso un vantaggio selettivo all'ASI e all'AOE ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (...). La Commissione non è riuscita a dimostrare sufficientemente l'esistenza di un vantaggio»⁴¹.

Proprio da questa affermazione di chiusura occorre partire per comprendere quanto questa pronuncia possa incidere sull'indirizzo della Commissione nei confronti dei *tax rulings* che ancora potranno essere approvati da Stati membri dell'Unione e che ancora potranno essere assimilati a misure di distorsione della competizione nel mercato interno.

⁴⁰ *Ivi*, punto 310.

⁴¹ *Ivi*, punti 505-507.

7. Quali prospettive per l'enforcement della politica della concorrenza nei confronti dei *tax rulings*

Come era stato osservato, l'autorità giurisdizionale europea aveva «an important (or even historic) opportunity to decide whether or not to further support the legality of the Commission's continuing expansion of its State aid remit in regard to allegedly unfair tax measures»⁴². Va quindi valutata la portata della decisione in esame.

La sentenza può ad una prima lettura suonare come il *de profundis* all'attivismo della Commissione nei confronti dei *rulings* fiscali: essa produce il risultato di avallare un accordo fiscale dai tratti particolarmente imbarazzanti per le istituzioni europee e per molti Stati membri, che assistono da anni alla creazione di 'paradisi fiscali' nel mercato interno e che prendono atto di violazioni tanto palesi del principio della concorrenza, quale è questa decisione fiscale della Repubblica d'Irlanda. Essa è tra l'altro messa in atto da un Paese di cui è difficile comprendere come possa rinunciare ad un'entità di gettito fiscale tanto significativa quanto quella non riscossa da Apple: vi è addirittura chi ha segnalato che il recente caso del conflitto della Commissione nei confronti delle rilevanti agevolazioni fiscali *ad personam*, iniziato con il caso Apple, ha portato ad alcune riflessioni sulla «"guerra" della fiscalità, la cui rilevanza economica è sempre crescente, sia per il peso degli oneri tributari sui bilanci delle imprese, sia per il potere finanziario che viene a crearsi in mano ai gruppi che riescono ad aggirare il peso della fiscalità ordinaria»⁴³. Pertanto la pronuncia al suo apparire è stata accolta come una vittoria per le grandi multinazionali e per quegli ordinamenti giuridici che, con tanta disinvoltura, si prestano a pratiche di evasione fiscale in vista di vantaggi di altra natura, che tuttavia nella prospettiva del mercato interno sono oggettivamente discutibili.

Pare invece di poter cogliere nella decisione elementi che segnalano una lettura differente.

È vero che essa dichiara erroneo più di un ragionamento della Commissione: l'organo di vigilanza non è riuscito a dimostrare soprattutto il vantaggio competitivo e questa carenza nella logica delle argomentazioni impedisce al Tribunale di confermare che il *ruling* costituisca un aiuto di Stato distorsivo della competizione.

Al di là del fatto che la decisione del Tribunale è stata impugnata e che la Corte di giustizia potrà valutare in maniera differente gli argomenti della Commissione, la medesima può comunque essere accolta come un pacifico riconoscimento che i *rulings* fiscali si prestano a essere considerati come alterazioni delle condizioni di mercato. Il giudice europeo non risulta convinto dalla prospettazione del vantaggio selettivo che il *ruling* ha procurato a Ap-

⁴² E. STUART, *Whether or Not to Bite the Apple*, cit.

⁴³ R. RIZZARDI, *Dal caso "Apple" alla concorrenza fiscale corretta*, cit., p. 3234. È interessante la segnalazione effettuata dall'A.: egli evidenzia la significatività degli interventi che le ONG pongono continuamente in atto per obbligare ad un cambio di rotta le autorità dei singoli Stati e delle organizzazioni sovranazionali, come l'Unione europea e l'OECD. Le iniziative partono dal seguente ragionamento: «le imposte "risparmiate" da queste imprese, ove fossero state invece correttamente versate, avrebbero consentito di incrementare i fondi a disposizione per alleviare le piaghe della fame e delle malattie, che in molte parti del mondo non mostrano cenni di riduzione, anzi talora finiscono per allargarsi. Ovvio che un maggior gettito non deve essere speso malamente, ma queste organizzazioni partono dall'idea che incassi fiscali più elevati consentirebbero di destinare maggiori risorse per finalità umanitarie».

ple, ma se tale vantaggio fosse stato dimostrato l'autorità giudiziaria non avrebbe avuto riserve – sulla base di tutte le restanti conclusioni – a respingere il ricorso e a confermare la decisione di condanna della Repubblica d'Irlanda. Come si è visto, il Tribunale non ha esitato a dichiarare legittima l'indagine della Commissione nei confronti di una decisione nazionale in materia fiscale, confutando la contestazione dei ricorrenti circa il travalicamento delle competenze; e non ha nemmeno accolto l'obiezione rispetto alla configurazione di un *ruling* in termini di misura distorsiva della concorrenza. 'Solo' – si fa per dire, viste le conseguenze non irrilevanti di questo passaggio – non è stato convinto dalle motivazioni usate dalla Commissione per dimostrare che le due succursali di Apple abbiano beneficiato del vantaggio in forma selettiva, rigettando il punto di vista che le due società non siano distinguibili dalla multinazionale.

Si può allora ritenere che la pronuncia in questione, e le precedenti del giudice europeo, attestino comunque un successo ed un concreto risultato con riferimento alle molteplici iniziative della Commissione nei confronti del crescente indirizzo delle multinazionali a farsi concedere da Stati quali il Lussemburgo, il Belgio, i Paesi Bassi e l'Irlanda «decisioni fiscali anticipate» di scoperto e imbarazzante favore: si pensi alla vicenda *Luxleaks* del 2014 o all'indagine *Excess Profit* a cui si è già fatto accenno, oltre a tutte le altre decisioni che si sono richiamate. Va infatti considerato ormai come un successo e un dato acquisito il fatto che i *rulings* fiscali possono configurarsi come un aiuto di Stato incompatibile con il diritto europeo. Come misure distorsive della concorrenza di esse deve però – in linea con tutta la giurisprudenza fin qui intervenuta in tema di aiuti Stato – essere dimostrato il vantaggio selettivo accordato all'operatore economico: quest'ultimo passaggio logico è mancato, secondo il giudizio del giudice europeo, e potrà forse invece essere riconosciuto in sede di sindacato della Corte di giustizia. Ma occorre aggiungere che tale passaggio era invece stato acquisito con la precedente decisione sul ricorso del Lussemburgo, che aveva contestato il provvedimento della Commissione sulla decisione anticipata a favore di Fiat Chrysler Finance Europe.

La decisione del 24 settembre 2019 in ordine alle cause T-755/15 *Lussemburgo/ Commissione*, e T-759/15 *Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione*, ha infatti respinto la contestazione dei ricorrenti e pienamente confermato il percorso argomentativo della Commissione. Vi si afferma infatti che «la Commissione ha sufficientemente dimostrato che non solo la FFT, ma anche tutte le società del gruppo che trattavano con la FFT beneficerebbero del vantaggio fiscale concesso dalla FFT, tenuto conto della sua incidenza sulle condizioni di prezzo dei prestiti infragruppo»⁴⁴; che «è pacifico che lo scopo della decisione anticipata controversa sia quello di determinare l'ammontare dell'imposta dovuta soltanto dalla FFT in forza delle disposizioni fiscali lussemburghesi applicabili, cosicché la decisione anticipata controversa si riferisce esclusivamente alla situazione individuale della FFT. Si deve pertanto rilevare che gli elementi essenziali della misura di aiuto e in particolare gli elementi che costituiscono il vantaggio, vale a dire l'approvazione di un metodo per determinare della remunerazione della FFT in base a una segmentazione del capitale proprio e all'applicazione di tassi di rendimento diversi a seconda di

⁴⁴ Corte Giust., 24 settembre 2019, *Lussemburgo/Commissione*, cause T-755/15 e T-759/15, punto 323.

tale segmentazione, discostandosi così da un risultato di libera concorrenza, emergono unicamente dalla decisione anticipata controversa e non dalle disposizioni del diritto tributario lussemburghese, in base al quale sarebbe stata adottata la decisione anticipata controversa»⁴⁵. Quindi nel 2019 il Tribunale ha integralmente evidenziato l'allontanamento che quella determinazione fiscale anticipata ha prodotto rispetto alla logica della concorrenza, avallando così in linea generale l'idoneità di un *tax ruling* a rappresentare un aiuto di Stato incompatibile: ha aggiunto infatti che «la misura in questione fosse tale da restringere la concorrenza sul mercato, in quanto la corrispondente riduzione fiscale migliorava la posizione finanziaria della FFT e del gruppo di appartenenza a scapito di quella dei suoi concorrenti»⁴⁶.

E per finire il vantaggio economico è stato così qualificato: «la Commissione ha giustamente ritenuto che la FFT avesse beneficiato di un vantaggio fiscale, per cui poteva legittimamente concludere che tale vantaggio era tale da falsare la concorrenza nei mercati nei quali operavano la FFT e il gruppo di appartenenza (...) Infatti, beneficiando di una riduzione del proprio onere fiscale, la FFT è in grado di finanziare le attività di altre società del gruppo a costi inferiori, falsando in tal modo la concorrenza nei mercati in cui queste ultime operano»⁴⁷.

Il precedente non è così tanto risalente da fare pensare che la decisione del 2020 rappresenti un mutamento di giurisprudenza: l'orientamento del giudice europeo appare coerente con la pronuncia dell'anno precedente, e l'impossibilità a identificarsi nella valutazione della Commissione non è da intendere come un'inversione di tendenza per quanto riguarda i *tax rulings*, quanto piuttosto come una divergenza – di non lieve rilevanza – in relazione all'inquadramento del caso di specie.

8. Quali prospettive per la politica fiscale europea

Alcune ultime considerazioni possono essere rivolte allo scenario in prospettiva, con l'intento di capire i più ampi obiettivi dell'*antitrust* europeo.

Anzitutto occorre considerare che la Commissione ha sollevato ricorso alla Corte di giustizia, ma in più possono essere interessanti alcune dichiarazioni della Commissaria per la concorrenza che hanno accompagnato questo passo. All'indomani della sentenza del 15 luglio la Vicepresidente esecutiva della Commissione Margrethe Vestager ha preannunciato che «*la battaglia contro la pianificazione fiscale aggressiva è una maratona, non uno sprint. La nostra battaglia contro gli aiuti di Stato illegali continua, se gli Stati danno ad alcuni vantaggi che altri non hanno danneggia la concorrenza nella Ue e tolgono risorse necessarie ai cittadini. Gli strumenti a nostra disposizione sono tanti e l'obiettivo è semplice: assicurare che tutti paghino la giusta quota di tasse*». Un paio di mesi dopo, comunicando l'impugnazione di quella decisione, ha ag-

⁴⁵ *Ivi*, punto 351.

⁴⁶ *Ivi*, punto 385.

⁴⁷ *Ivi*, punto 395. E in più, punto 397, «la FFT non ha rimesso in discussione la giurisprudenza, su cui si è fondata la Commissione nel caso di specie, secondo cui gli aiuti al funzionamento falsano, in linea di principio, le condizioni della concorrenza. La FFT non ha tantomeno dimostrato che tale presunzione non si applicherebbe nella specie».

giunto che «garantire che tutte le società, grandi e piccole, paghino la loro giusta quota di tasse rimane una priorità assoluta per la Commissione» e che «il Tribunale ha ripetutamente confermato il principio secondo cui, sebbene gli Stati membri abbiano la competenza per determinare la loro legislazione fiscale, devono farlo nel rispetto del diritto Ue, comprese le norme sugli aiuti di Stato (...). Se gli Stati membri concedono a determinate multinazionali vantaggi fiscali non disponibili ai loro concorrenti, ciò danneggia la concorrenza leale nell'Ue, in violazione delle norme sugli aiuti di Stato». Dunque l'obiettivo di «assicurare che tutti paghino la giusta quota di tasse» appare al momento un impegno che la sentenza Apple non ha in alcun modo indebolito.

Impegno che si intreccia alle proposte di introduzione di una *web tax*, al momento in fase stazionaria, nonché a intenti ancora più ambiziosi di unificazione fiscale. Si pensi alla *Strategia per il mercato unico in Europa*⁴⁸ del 2015, Comunicazione della Commissione nella quale si è impostata la prospettiva della tassazione delle imprese operanti nell'economia digitale. Già da allora la consapevolezza che si è introdotta è che le imprese digitali – ma il discorso si può allargare alle altre società multinazionali di cui si è trattato – non siano contribuenti qualsiasi e che solo attraverso un approccio a livello europeo sia possibile ottenere il loro adeguamento a regimi di prelievo fiscali coerenti con i loro profitti⁴⁹.

Questa prospettiva conduce evidentemente a ragionare sulla questione della ripartizione delle competenze tra Unione e Stati: anche dalla decisione del Tribunale emerge il tema della fiscalità come ambito riservato agli Stati, e questa è effettivamente l'opzione che è emersa fin dalle origini dell'esperienza europea. La mancanza di un potere impositivo a livello comunitario deriva infatti da una scelta che risale alla fondazione delle tre Comunità⁵⁰: è stata poi confermata dall'Atto unico europeo, che ha indicato il settore fiscale tra quelli su cui occorre intervenire per il completamento del mercato interno; e non è mai stata modificata o integrata nel corso delle molteplici revisioni dei Trattati, nemmeno ad opera della nuova Carta costituzionale europea introdotta dal Trattato di Lisbona, che non ha compiuto alcuna rifondazione della specifica materia dei tributi⁵¹. Fin dal Trattato di Roma la cessione di sovranità sul terreno della fiscalità è stata considerata non necessaria al fine del compimento del mercato interno, e al tempo stesso sono state valutate le rilevanti ricadute

⁴⁸ COM(2015)192 def.

⁴⁹ Cfr. ancora M.C. FREGNI, *Mercato unico digitale*, cit., p. 76. Si è interrogato su possibili soluzioni di questa tassazione che si invoca F. GALLO, *Fisco ed economia digitale*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, p. 599 ss.; M. GREGGI, *La web tax e le sue radici costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 211 ss.

Tra l'altro, come segnalato da D. MAJORANA, *Concorrenza fiscale e aiuti di stato: gli effetti della sentenza Apple*, in *Fisco*, 2020, p. 4059, gli Stati Uniti hanno lamentato che le decisioni della Commissione possano rappresentare strumento di concorrenza fiscale sleale: gli aiuti recuperati risultano, infatti, come imposte sul reddito pagate all'estero, tali da poter poi divenire oggetto di credito d'imposta negli USA per evitare la doppia imposizione.

⁵⁰ Su questa tematica sia consentito il rinvio a C. BUZZACCHI, *Politiche fiscali (diritto dell'Unione europea)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Sesta edizione, Utet, Torino, 2015, p. 293 ss.

Per la ricostruzione della genesi della politica fiscale cfr. C. SACCHETTO, *Politiche comunitarie, Politica Fiscale*, in *Enc. giur.*, XXIII, Treccani, Roma, 1995, p. 1 ss.; M. BURGIO, *La politica fiscale della C.E.: bilancio e prospettive*, in *Dir. prat. trib.*, 1978, p. 1121 ss.; G. ROMOLI VENTURI, *Imposte e tasse (Diritto comunitario)*, in *Novissimo digesto italiano. Appendice*, App., III, Utet, Torino, 1982, p. 1289 ss.

⁵¹ Per approfondimenti v. P. MARCHESSOU, *Le conseguenze fiscali del trattato di Lisbona*, in *Rass. trib.*, 2010, p. 595 ss.

politiche dell'uso di tale funzione, che ha sempre rappresentato un'importante leva di consenso e di distribuzione della ricchezza a livello nazionale, spingendo dunque gli Stati a conservarla gelosamente per sé⁵². Ciononostante, il mantenimento della politica fiscale a livello nazionale non ha comportato un'estraneità della Comunità alla materia dei prelievi, che ha acquisito sì rilevanza nella prospettiva europea, ma solo in vista del funzionamento del mercato: dalla tassazione indiretta degli Stati ci si attendeva che non discendessero distorsioni della concorrenza⁵³. Se, dunque, il presupposto fondamentale da cui muovere è che i Trattati europei non definiscono il fondamento e la natura dell'imposizione tributaria, si può affermare che l'Unione sia dotata di 'competenze fiscali' qualora si consideri che essa, benché non sia un soggetto impositore e dunque non possa operare scelte legislative che determinano la struttura del prelievo⁵⁴, riesca ad incidere in vario modo sulla materia in questione; e riesca anche a vigilare – come il Tribunale ha espressamente riconosciuto nella decisione del 2020 – sulla circostanza che previsioni fiscali nazionali vadano ad alterare l'assetto del mercato interno.

Per cui pare di poter concludere constatando un chiaro intreccio tra attribuzioni nazionali e sovranazionali rispetto ad un ambito – quello dell'imposizione – che è sicuramente prerogativa degli Stati membri ma entra nell'orbita di interesse europeo quando la sua disciplina produce effetti penalizzanti sugli scambi. E che potrebbe diventare prerogativa condivisa qualora, per certe forme di prelievo, non possano non essere tenute in considerazione le esigenze della tutela della concorrenza contro condotte di *dumping* fiscale; e qualora le modalità impositive di uno Stato possano tenere conto anche degli effetti su tutti gli altri membri solo in presenza di una «dimensione comunitaria della tassazione»⁵⁵. L'insieme degli ordinamenti dell'Unione affronta da alcuni anni questa prospettiva con estrema riluttanza, ma pare che l'orizzonte sia inevitabile, specie se si considera che, a seguito delle innovazioni riguardanti le *fiscal rules* europee dell'anno 2020 e destinate a protrarsi anche nel 2021 in ragione dell'emergenza sanitaria, la prospettiva a cui ci si è ormai volti è quella di una condivisione del debito, a fronte della quale sarà il bilancio europeo a fornire garanzia: in questo scenario una libertà arbitraria degli Stati sul terreno della tassazione appare sempre meno coerente.

⁵² Sul punto v. i saggi di M. BASILAVECCHIA, *L'evoluzione della politica fiscale*, e C. SACCHETTO, *L'evoluzione del diritto comunitario in materia tributaria*, in AA.VV., *I Settanta anni di Diritto e pratica tributaria*, Cedam, Padova, 2000.

⁵³ Cfr. F. GALLO, *Il ruolo dell'imposizione dal Trattato dell'Unione alla Costituzione europea*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 1475 ss.

⁵⁴ Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *Politica fiscale della CE*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4329 ss.

⁵⁵ M. GREGGI, *Il caso Apple*, cit., p. 821. L'A. formula l'osservazione che «sembrano delinearsi nuovi limiti nei confronti della sovranità impositiva degli Stati, costruiti tenendo conto dell'esigenza di un'imposizione effettiva sul reddito prodotto. Utilizzando le categorie della tradizione costituzionale italiana, si potrebbe forse azzardare che – sia pure attraverso la mediazione del divieto europeo di aiuti di Stato – il dovere di concorrere alle pubbliche spese, e con esso il principio di capacità contributiva, vengono a essere interpretati e applicati nel senso di imporre (anche) un livello minimo di tassazione, o almeno una modalità di esercizio della stessa che tenga conto delle analoghe pretese degli altri Stati».



COMMENTI

La gestione dei rifiuti tra emergenza ambientale, emergenza sanitaria e regolazione: le Linee guida della Commissione europea *

Waste management between environmental emergency and health emergency: European Commission Guidelines

di Valeria Capuano e Flavia Rolando **

ABSTRACT

A distanza di pochi mesi dalla proclamazione del *Green deal* europeo, l'Unione europea – come il resto del mondo – è stata travolta dalla pandemia. La Commissione europea ha dovuto dunque ripensare in termini di priorità e necessità le azioni da intraprendere nella sua strategia per rendere sostenibile l'economia dell'UE. Nel contempo, per definire con immediatezza delle misure comuni per la gestione dei rifiuti in questo particolare momento, l'Esecutivo europeo ha emanato le Linee guida *Waste Management in the context of the coronavirus crisis*.

Il presente contributo, analizzando le misure attualmente consigliate dalle Linee guida per gestione dei rifiuti provenienti dai dispositivi di protezione individuale – DPI –, anche come riprese in molti Stati membri dell'UE tra cui l'Italia, vuole evidenziare come le vigenti normative europee in materia di rifiuti costituiscano anche in questo specifico contesto il punto di riferimento per la qualificazione e la conseguente modalità di gestione dello smaltimento dei DPI.

Parole Chiave: Rifiuti – Salute – Coronavirus – ARERA

A few months after the proclamation of the European Green Deal, the European Union – as well as the whole world – has been overwhelmed by the pandemic. The European Commission has therefore had to rethink in terms of priorities and needs the actions to be taken in its strategy to make the EU economy sustainable. At the same time, in order to immediately define common measures for waste management at this particular time, the European Commission issued the Guidelines Waste Management in the context of the coronavirus crisis.

This contribution, by analysing the measures currently recommended by the Guidelines for the management of waste from personal protective equipment – PPE –, also as taken up in many EU Member States including Italy, wants to highlight how the current European regulations on waste constitute also in this specific context the point of reference for the qualification and consequent management of PPE disposal.

Key Words: Waste – Health – ARERA – Coronavirus

* Valeria Capuano è autrice dei paragrafi 1, 3, 5 e 6 mentre Flavia Rolando è autrice dei paragrafi 2, 4 e 6.

** Valeria Capuano è ricercatrice di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope mentre Flavia Rolando è post-doc in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

WASTE MANAGEMENT IN THE CONTEXT OF THE CORONAVIRUS CRISIS

14 APRIL 2020

The coronavirus crisis has put the resilience of our society to the test. This health emergency exerts unprecedented pressure on many economic activities, including those that are indispensable to our well-being. Protecting lives and livelihoods is at the core of all actions and decisions to address the crisis at both individual and collective levels.

Proper waste management is part of the essential services to our society. Each person produces nearly half a tonne of municipal waste per year in the EU on average, which means that every week more than 20 kg of municipal waste is generated per household. Total annual waste generation in the EU amounts to 5 tonnes per capita. Preventing distortions in waste management, including separate collection and recycling of waste, is crucial for the health and safety of our citizens, for the environment and for the economy.

Member States and waste operators across the EU are making sustained efforts to ensure the continuity of waste management activities, including separate collection and recycling, which are essential to the circular economy. These efforts often involve preventing or reducing disruptions due to shortage of staff, ensuring enhanced health and safety at work, providing for safe handling of household waste produced by citizens that have fallen ill with the coronavirus, dealing with increasing quantities of medical waste or securing the smooth movement of waste from collection to recycling or other treatment.

EU law on waste recognises that protection of human health is essential in the context of waste management and that there are certain flexibilities to respond to identified risks to human health. While it is the responsibility of the Member States to implement the EU law in the area of waste by taking the most appropriate measures to achieve its objectives, there is clear added value in working together across the EU to address the challenges that national, regional and local authorities and waste operators face.

This document provides guidance with a view to ensuring a high level of protection of human health and the environment, while preventing and reducing disruptions in the provision of proper waste management services. It is based on consultation of Member States experts on waste and key stakeholders in the area of waste management and advice of the European Centre for Diseases prevention and Control (ECDC), and will be updated as appropriate. The Commission services have issued separate advice on waste shipments in the context of the coronavirus outbreak.

1. Management of municipal waste

In view of the importance of proper waste management to human health and the environment and taking into account risk assessments performed by scientific bodies and applicable risk management measures, the overall continuity of proper municipal waste management services, including separate collection and recycling, is to be safeguarded in line with EU law. Preventing disruptions of separate waste collection is important for ensuring that the infrastructure for residual waste collection and treatment is not overburdened, potentially creating additional health risks, that the effort sharing in waste collection is respected and the taxpayers do not bear disproportionate share of the costs of waste management, and that citizens can keep their environmentally friendly habits. Separate collection is also essential for safeguarding the trajectory towards a more circular economy and the jobs and businesses that depend on secondary raw materials supply.

In view of Article 13 of Directive 2008/98/EC on waste², waste collection practices can be adapted in the context of the coronavirus crisis with the objective of protecting public health. Any such changes should comply with the EU law on waste, be necessary and proportionate to protect human health in particular by limiting them to areas and time periods strictly necessary to respond to the risk identified based on latest scientific advice, and strive to maintain the overall objective of separate collection and recycling in line with the waste hierarchy.

ECDC recognises the need for specific measures as regards infection prevention and control for suspected or confirmed coronavirus cases self-isolating at home³, notably that patients should have a waste bag in their room for used tissues, face masks and other waste, which should be disposed of in the residual waste.

In case staff shortages result in reduced service, Member States should ensure continuity and sufficient frequency of collection of residual waste and bio-waste in order to prevent any immediate risks to public safety and health. Based on the assessment of such risks, the frequency of the collection of dry recyclables could be adjusted temporarily, but not stopped.

Certain waste items the collection points of which have been temporarily closed can be delivered upon the reopening of those collection points, in particular as regards waste electric and electronic equipment (WEEE), batteries or bulky waste.

In the context of the coronavirus crisis, it is even more important that citizens separate well their waste and ensure the flow of clean streams of recyclables towards the waste treatment facilities. Citizens should be informed about any temporary changes to the waste collection practices that affect the way they deliver waste for collection and further treatment. Where necessary, citizens should be reminded of the requirement not to discard WEEE, batteries or household chemicals in residual waste.

Member States should ensure proper planning of temporary storage capacities for waste collected for recovery in anticipation of any disruptions in sorting and other treatment processes.

2. Management of waste from healthcare facilities

Waste from healthcare services, laboratories and related activities associated with coronavirus patients should be handled and treated according to the EU law on waste (and in particular Directive 2008/98/EC on waste and articles 17, 23, 24 and 25 thereof concerning hazardous waste and permitting requirements) and national provisions applying to this category of infectious waste, while taking into account the most updated guidance provided by the ECDC⁴ and national health authorities.

Furthermore, specific ECDC guidance⁵ applies to waste from cleaning environments in healthcare and non-healthcare settings potentially contaminated with the coronavirus, whereby waste from cleaning healthcare facilities should be treated as infectious clinical waste category B (UN3291), waste from non-healthcare settings should be disposed of in a separate bag, and waste from general settings should be disposed of in the residual waste.

Member States should ensure proper planning of capacities for treatment and, where necessary, storage of medical waste. In case of treatment disruptions due to lack of dedicated disposal or incineration capacity for medical waste, it is paramount that waste is safely stored temporarily until the capacity issue is solved. Storage should consider the use of sealed containers in secured areas where access is limited only to authorised personnel. The inner and outer surfaces of the containers should be treated with a suitable disinfectant. The containers should be stored locally. Additional capacity for the treatment of medical waste to deal with its infectious properties may be required.

If Member States decide to exceptionally authorise alternative treatment processes of medical waste in line with EU law and applicable national rules, including in state of emergency conditions, they should ensure that where such processes have less beneficial overall environmental outcome than the normal practice, their use is limited in time and strictly necessary to address identified storage and treatment capacity shortages. The appropriate precaution as regards health and safety measures at the workplace should be applied.

The Commission will request further information from Member States and stakeholders on the current situation and the planning as regards the collection, storage, treatment and possible shipments of medical waste in the context of the current crisis. Further questions and information can be sent to the contact in section 5.

3. Health and safety of waste management operators

Taking measures to protect the health and safety of workers and providing them assurance about how employers are addressing the risks related to the coronavirus crisis are essential for increasing workers' confidence and ensuring continuity of waste management services. The European Agency for Safety and Health at Work has provided general guidance how to help prevent the spread of the coronavirus at the workplace.⁶

Good practices communicated by stakeholders in the waste management sector include:

- Adapting the organisation of staff to avoid passing on infection among teams, i.e. respecting distancing between individuals, reducing to the minimum the number of workers present in the same area;
- Ensuring the availability and appropriate use of adequate personal protective equipment (PPE) as well as of suitable disinfecting products;
- Ensuring strict adherence to enhanced hygiene standards, including frequent change and cleaning of PPE and professional clothing; replacing professional gloves in the event of breakage or any incident of potential contamination; sanitizing regularly facilities, vehicle cabins and clothes;
- Ensuring that where masks are usually worn, strict protocols on how to put and take off PPE are followed, thus avoiding incidental contact and contamination;
- Where appropriate, encouraging specific working conditions for vulnerable people, such as elderly workers and persons with specific chronic health problems.

4. Support from EU funds and state aid

For the 2014-2020 period, Member States have allocated €4.9 billion of cohesion policy funding to waste management. This includes support to waste prevention and awareness-raising, sepa-

rate collection systems (incl. equipment and vehicles), treatment infrastructure, administrative capacity-building and other investments linked to local priorities⁷. By the end of 2019, 31% of this amount has not yet been allocated to specific projects. Managing authorities in regions and Member States can give more information about existing funding opportunities. Funds may be available also under other priorities, such as disaster risk management or healthcare.

In response to the current crisis, the Commission has adopted the Coronavirus Response Investment Initiative⁸. As part of this initiative, cohesion policy funds will be mobilised to provide immediate liquidity to Member States' budgets. In addition, maximum flexibility will be used to make coronavirus crisis related expenditure, including healthcare costs, eligible under cohesion policy funds. This also means providing greater flexibility for countries to reallocate financial resources, making sure the money is spent in the areas of greatest need. This could provide the possibility for Member States to address specific challenges related to proper waste management in the context of the coronavirus crisis, such as ensuring greater automatised waste recovery, enhancing health and safety at the workplace, managing medical waste, etc.

The Commission also proposed to include public health crises in the emergencies covered by the EU Solidarity Fund. The goal of the new measures is to make sure that the hardest hit areas can have access to additional support of up to €800 million.

In addition, under EU rules on state aid, support in the form of direct grants or tax advantages can be granted by Member States (national funding) to undertakings in all sectors, thus including waste management, that find themselves facing a sudden shortage or unavailability of liquidity. To address the current crisis, on 19 March 2020 the Commission adopted a new temporary State Aid Framework, under which Member States can grant different forms of aid including grants of up to €800 000, public guarantees for loans or measures to enable loans with subsidised interest rates. Member States can use all of these possibilities to ensure that economic operators that are involved in waste management have access to the necessary funding to cope with the coronavirus crisis.

5. Exchange of information and awareness raising

The Commission will continuously monitor the situation with the Member States and waste operators and invites them to communicate measures taken in response to the coronavirus crisis in the area of waste management to ENV-WASTE-COVID-19@ec.europa.eu.

The Commission draws the attention to a useful overview of the current practices across the EU published and updated by the Association of Cities and Regions for Sustainable Resource Management⁹ and encourages stakeholders to also contribute to its completion and updating.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le direttive europee in materia di rifiuti: il quadro normativo di riferimento. – 3. Le Linee guida della Commissione europea per lo smaltimento dei rifiuti nella pandemia. – 4. La rimodulazione degli obiettivi in materia di gestione dei rifiuti a seguito dell'emergenza sanitaria. – 5. Le indicazioni dell'Autorità per la Regolazione per l'Energia, Reti e Ambiente. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

All'alba del suo mandato la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, nel documento d'apertura¹ con cui ha enunciato gli obiettivi politici della neonata Commissione europea, bene evidenziava come caposaldo del suo mandato l'ormai celebre *Green deal* ovvero una serie di interventi volti a concretizzare ambiziosi standard di neutralità climatica a tutela dell'ambiente e a sostegno di un modello di economia circolare². Nondimeno, come

¹ "Un'Unione più ambiziosa: il mio programma per l'Europa", disponibile in <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/43a17056-ebf1-11e9-9c4e-01aa75ed71a1>.

² Si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Il green deal europeo", COM/2019/640, nonché la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Un nuovo piano

tristemente noto, solo a distanza di pochi mesi da quei proclami, all'emergenza ambientale si è aggiunta la crisi sanitaria in atto, costringendo l'Esecutivo comunitario, e non solo, a ripensare in termini di priorità e necessità le azioni da intraprendere. Ed è in questo preciso contesto che diviene necessario collocare le indicazioni fornite dalla Commissione nelle Linee guida *Waste Management in the context of the coronavirus crisis*³ dal momento che l'emergenza sanitaria deve essere necessariamente affrontata nel rispetto di quanto già predisposto dal legislatore europeo nella specifica materia della gestione dei rifiuti. Quest'ultima, infatti, benché costituisca solo uno dei numerosi tasselli necessari alla realizzazione di un quadro legislativo *green*, resta una disciplina che non può essere tralasciata o, peggio, derogata fornendo essa, a nostro avviso, un fondamentale contributo anche per il superamento dell'emergenza sanitaria. Lo smaltimento corretto di guanti e mascherine monouso (cd. dispositivi di protezione individuale – DPI), il cui utilizzo e la cui diffusione si stimano in necessario e costante aumento⁴, costituisce un elemento decisivo per far fronte sia all'emergenza sanitaria (essendo questi materiali potenzialmente infetti) sia all'emergenza ambientale, che dall'esponenziale uso di questi prodotti monouso rischia nuove e severe minacce.

Il presente contributo, analizzando le misure attualmente consigliate dalle Linee guida per gestione dei rifiuti provenienti dai DPI (come riprese in molti Stati membri dell'UE tra cui l'Italia) vuole evidenziare *in primis* come le vigenti normative europee in materia di rifiuti costituiscano anche in questo specifico contesto il punto di riferimento per la qualificazione e la conseguente modalità di gestione dello smaltimento dei DPI⁵. Inoltre, classificando tali prodotti come rifiuti "indifferenziati" emerge il rinnovato ruolo delle discariche e degli inceneritori e la conseguente necessità che tali sistemi di smaltimento qualora richiesti dalla disciplina UE agli Stati membri e, di conseguenza, alle imprese interessate siano sostenuti da apposite misure finanziarie. In tal senso, le Linee guida in commento operano un cenno esplicito sia al *Temporary framework* della Commissione in materia di aiuti di Stato⁶ che al *Coronavirus Response Investment Initiative*⁷ che, nel quadro della gestione dei fondi per le politiche di coesione, pare ammettere spese relative alla gestione dei rifiuti ove finalizzate alle specifiche esigenze sollevate dalla pandemia. In altri termini, ci sembra

d'azione per l'economia circolare Per un'Europa più pulita e più competitiva", COM/2020/98 e il Circular Economy Action Plan, disponibile in https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/new_circular_economy_action_plan.pdf. In dottrina si veda, tra gli altri, F. MUNARI, *L'economia circolare e le nuove regole dell'Unione europea sui rifiuti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 77 ss.

³ Documento disponibile in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/waste_management_guidance_dg-env.pdf.

⁴ Si veda il rapporto dell'ISPRA *I rifiuti costituiti da DPI usati*, disponibile in https://www.isprambiente.gov.it/files2020/notizie/rapporto-ispra-dpi-usati_1905.pdf, secondo cui il fabbisogno giornaliero di mascherine della cosiddetta Fase 2 si aggirerebbe intorno ai 35/40 milioni di pezzi e la produzione di rifiuti giornaliera su scala nazionale risulterebbe pertanto compresa tra 250 e 720 tonnellate.

⁵ Si vedano le *Indicazioni ad interim sulla gestione e smaltimento di mascherine e guanti monouso provenienti da utilizzo domestico e non domestico*, versione del 18 maggio 2020, Gruppo di Lavoro ISS Ambiente e Rifiuti COVID-19, 2020, Rapporto ISS COVID-19 n. 26/2020, disponibile in https://www.iss.it/documents/20126/0/20200519+Rapporto+ISS+COVID-19+n.+26_2020.pdf/221a18a2-1de8-5e34-e577-2a121baaa231?t=1589885416433.

⁶ Per una versione costantemente aggiornata agli emendamenti in corso di adozione si rinvia alla pagina web https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html.

⁷ Per una scheda sintetica si rinvia a https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/newsroom/crri/fs_crii_0204_en.pdf.

indispensabile indagare se l'emergenza ambientale è stata di fatto soppiantata da quella sanitaria (pensiamo al nuovo incremento dei prodotti di plastica monouso solo un anno fa praticamente banditi grazie all'approvazione della direttiva 2019/904⁸⁾ o, piuttosto, le misure finanziarie e legislative per la lotta al coronavirus possono rappresentare un utile viatico per l'affermazione di quei valori di sviluppo sostenibile e tutela ambientale che meritano ancora di essere al centro dell'agenda europea.

2. Le direttive europee in materia di rifiuti: il quadro normativo di riferimento

Le Linee guida della Commissione operano un espresso e puntuale riferimento alla disciplina europea dei rifiuti come definita, anzitutto, dalla Direttiva 2008/98/CE⁹⁾. Pertanto, è qui d'uopo richiamare, seppur brevemente, i principali atti normativi dell'Unione in materia che, si ricorda, si inseriscono all'interno del più ampio settore della politica ambientale. Quest'ultima, infatti, benché elencata in virtù dell'art. 4, comma 2, lett. (e), TFUE, tra le materie di competenza concorrente, è oramai costellata da interventi del legislatore europeo che rappresentano una prova tangibile della portata intrinsecamente transnazionale della materia in commento¹⁰⁾. All'interno di uno scenario, certamente complesso e composito, la direttiva 2008/98/CE ha l'ambizioso obiettivo di indicare agli Stati membri le regole generali da trasporre al fine di ridurre gli effetti negativi derivanti dalla produzione e dalla gestione dei rifiuti, e proteggere così l'ambiente e la salute umana. Tra le disposizioni più importanti della direttiva in esame si ricorda l'art. 4, intitolato *Gerarchia dei rifiuti*, che introduce un ordine di priorità nella relativa gestione stabilendo, in particolare, che le politiche statali devono promuovere azioni volte *in primis* alla prevenzione dei rifiuti¹¹⁾. Solo in subordine, le amministrazioni nazionali devono ela-

⁸⁾ Direttiva 904/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente. Sul tema si veda, tra gli altri, L. ARISTEI, *Verso una società plastic free: la Direttiva 2019/904/UE*, in *www.federalismi.it*, n. 25, 20 settembre 2020, U. BARELLI, *Le norme UE contro la dispersione della plastica nell'ambiente e la loro attuazione in Italia*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente online*, 18 febbraio 2020, C. BOVINO, *Plastexit, in che termini realizzare la necessaria uscita dalla plastica (parte prima)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2019, p. 698, ID., *Plastexit, in che termini realizzare la necessaria uscita dalla plastica (parte seconda)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2019, p. 689 e P. THIEFFRY, *La directive sur les plastiques "à usage unique": des marges de transposition importantes mais contraintes*, in *Énergie, environnement, infrastructures*, 2019, p. 11.

⁹⁾ Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 relativa ai rifiuti, da ultimo modificata dalla direttiva 2018/851 del Parlamento e del Consiglio del 30 maggio 2018.

¹⁰⁾ Sul tema *amplius* S. AMADEO, *Commento agli artt. 191-193*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 1616 ss., J.H. JANS-H.H.B. VEDDER, *European Environmental law*, Europe Law Publishing, Groningen, 2012, F. MUNARI-L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2012; B. NASCIBENE, *L'evoluzione in tema di tutela dell'ambiente nel diritto dell'Unione europea – Problemi di interpretazione e attuazione, nel nostro Paese, delle norme UE*, in B. Nascimbene-L. Garofalo (a cura di), *Studi su ambiente e diritto. Il diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, Bari, 2012, P. THIEFFRY, *Manuel de droit européen de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2017 e si permetta di rinviare a F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

¹¹⁾ Sull'interpretazione del principio della gerarchia dei rifiuti stabilito all'art. 4 direttiva 2008/98/CE, cit., e sull'applicazione dello stesso al sistema italiano di gestione dei rifiuti, si vedano, tra le al-

borare sistemi per la preparazione dei materiali finalizzati al riutilizzo ed al riciclaggio. In ultima ipotesi, e solo in via residuale, le legislazioni statali possono predisporre una gestione volta al recupero di altro tipo come, per esempio, il recupero di energia attraverso l'incenerimento¹² o lo smaltimento in discarica. La medesima direttiva, poi, all'art. 4, secondo paragrafo, prevede la possibilità che flussi di rifiuti specifici siano gestiti in deroga alla gerarchia sopra descritta ove giustificato dall'impostazione in termini di ciclo di vita in relazione agli impatti complessivi della produzione e della gestione di tali rifiuti. Con tale deroga, la direttiva 2008/98/CE dimostra di tenere in debito conto gli imprescindibili principi di precauzione e sostenibilità, di fattibilità tecnica, praticabilità economica, nonché di protezione delle risorse naturali stabiliti all'art. 191 TFUE.

Oltre a catalogare in maniera gerarchica le azioni da intraprendere, la direttiva 2008/98/CE differenzia i rifiuti in diverse categorie¹³. In primo luogo, essi vengono distinti tra rifiuti pericolosi e non pericolosi, a seconda che siano o meno caratterizzati dalle proprietà elencate nell'Allegato III alla direttiva, tra

tre, la sentenza Corte Giust., 8 maggio 2019, C-305/18, *Associazione Verdi Ambiente e Società*, e la sentenza 18 dicembre 2014, C-551/13, *SETAR*.

Tra le – purtroppo numerose – procedure di infrazione a carico dell'Italia con riferimento al sistema di gestione dei rifiuti, si vedano le sentenze Corte Giust. 26 aprile 2007, C-135/05, *Commissione c. Italia*; 14 giugno 2007, C-82/06, *Commissione c. Italia*; 4 marzo 2010, C-297/08, *Commissione c. Italia*; 15 ottobre 2014, C-323/13, *Commissione c. Italia*; 2 dicembre 2014, C-196/13, *Commissione c. Italia*; nonché 16 luglio 2015, C-653/13, *Commissione c. Italia*.

¹² In termini generali, sull'efficienza del recupero di energia con incenerimento si vedano le *Guidelines on the interpretation of the R1 energy efficiency formula for incineration facilities dedicated to the processing of Municipal Solid Waste according to Annex II of Directive 2008/98/EC on waste*, disponibili in <https://ec.europa.eu/environment/waste/framework/pdf/guidance.pdf>. Inoltre, con riferimento ai principi relativi alla regolamentazione del servizio di gestione dei rifiuti secondo il diritto dell'Unione europea, si permetta di rinviare a F. ROLANDO, *La raccolta e il trattamento dei rifiuti nell'ambito della disciplina dei servizi di interesse economico generale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2012, p. 211 ss.

¹³ È opportuno sottolineare che i rifiuti sono qualificati come delle merci, in applicazione del diritto dell'Unione europea. Ciò vale sia per i rifiuti riutilizzabili, considerando il loro valore commerciale intrinseco, sia per i rifiuti non riciclabili, dato che possono comunque essere oggetto di negozi commerciali. Si vedano i punti 23 ss. della sentenza Corte Giust. 9 luglio 1992, C-2/90, *Commissione c. Belgio* – Rifiuti valloni – in cui la Corte ha statuito che i rifiuti, riciclabili o no, sono dei prodotti la cui circolazione, in conformità al Trattato, non dovrebbe, in linea di principio, essere impedita. Secondo i giudici del Lussemburgo, tale conclusione doveva essere raggiunta considerando che la distinzione tra rifiuti riciclabili e non riciclabili avrebbe sollevato, dal punto di vista pratico, una seria difficoltà d'applicazione dato che tale distinzione si basa su criteri che sono mutevoli a seconda del progresso tecnologico.

Da ultimo la Corte ha ribadito la qualificazione dei rifiuti come merce nella sentenza del 15 marzo 2018, C-104/17, *Cali Esprou*, pt. 38. In particolare, la Corte di giustizia ha esplicitamente qualificato come rifiuti gli oli esausti (10 marzo 1983 C-172/82, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c. Inter-Huiles*, 9 febbraio 1984 C-295/82, *Rhône-Alpes Huiles*, nonché 7 febbraio 1985, C-240/83, *ADBHU*), i filtri dell'olio (25 giugno 1998, C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp e a. c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*), i rifiuti ferrosi (22 dicembre 2008, C-283/07, *Commissione c. Italia*, spec. pt. 47) ed i rifiuti di origine animale (5 ottobre 1987, C-118/86, *Openbaar Ministerie c. Nertsvoederfabriek Nederland*; 3 ottobre 2013, C-113/12, *Brady*, e 22 giugno 2011, C-346/09, *Denkavit*).

Sulla nozione di rifiuto, ed in particolare sulla qualifica delle c.d. materie prime secondarie nell'ordinamento italiano, cfr. le tre sentenze della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, C-194/05, C-195/05 e C-263/05, *Commissione c. Italia*, nonché la sentenza dell'11 novembre 2004, C-457/02, *Niselli*. Più in generale sulla nozione di rifiuto si vedano le sentenze della Corte di giustizia 18 aprile 2002, C-9/00, *Palin Granit Oy e Vehmassalon kansanterveysystön kuntayhtymän hallitus* e 15 giugno 2000, cause riunite C-418/97 e C-419/97, *ARCO Chemie Nederland Ltd e Vereniging Dorpsbelang Hees, Stichting Werkgroep Weurt e Vereniging Stedelijk Leefmilieu Nijmegen*. In merito si permetta di rinviare a F. ROLANDO, *La nozione di rifiuto nell'ordinamento dell'Unione europea e nell'ordinamento interno: recenti sviluppi*, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, pp. 721-739.

cui rileva l'infettività¹⁴. I rifiuti vengono poi distinti a seconda se siano o meno urbani, includendo in quest'ultima categoria i rifiuti domestici indifferenziati o provenienti da raccolta differenziata¹⁵. La direttiva rifiuti delega poi la Commissione a stilare un elenco dei rifiuti¹⁶, che contiene 20 categorie e numerose sottovoci, assegnando ad ognuno un Codice europeo (CER) e stabilendo che i rifiuti contrassegnati da un asterisco (*) debbano essere considerati rifiuti pericolosi. In generale, i rifiuti solidi urbani non differenziati sono considerati come non pericolosi¹⁷. A tal proposito, recentemente la Commissione ha adottato una Comunicazione sulla raccolta differenziata dei rifiuti domestici pericolosi¹⁸ nella quale ha specificato le linee guida in materia di raccolta differenziata delle frazioni di rifiuti domestici pericolosi ai sensi dell'art. 20 della direttiva rifiuti, con l'obiettivo di assistere ed agevolare gli Stati nell'attuazione dell'obbligo di raccolta differenziata. Come si vedrà meglio oltre, in tale comunicazione sono specificate anche le buone pratiche relative alla gestione dei rifiuti sanitari domestici ed in particolare alla gestione dei rifiuti provenienti da nuclei domestici in cui sono presenti pazienti infetti da Covid-19.

Più in generale, pare qui opportuno rilevare che la direttiva 2008/98/CE ha introdotto anche degli obiettivi in termini di percentuale dei rifiuti da destinare effettivamente al riutilizzo ed al riciclaggio, per avanzare verso un'economia circolare europea con un alto livello di efficienza delle risorse. Nel settembre 2018 la Commissione ha pubblicato una Relazione sull'attuazione della legislazione dell'Unione europea in materia di rifiuti, che comprendeva anche la segnalazione preventiva per gli Stati membri che rischiano di non riuscire a conseguire l'obiettivo del 2020 relativo alla preparazione dei rifiuti urbani per il riutilizzo o il riciclaggio¹⁹. Considerando le difficoltà intervenute nella gestione dei rifiuti a

¹⁴ Secondo l'All. III alla direttiva 2008/98/CE, cit., deve essere considerato infettivo un rifiuto contenente microrganismi vitali o loro tossine che sono cause note, o a ragion veduta ritenuti tali, di malattie nell'uomo o in altri organismi viventi.

¹⁵ Si precisa che ai sensi dell'art. 3 par. 2-ter direttiva 2008/98/CE, cit., sono considerati urbani anche i rifiuti indifferenziati e da raccolta differenziata provenienti da altre fonti e che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici. L'art. 3 della direttiva in esame precisa anche la definizione di ulteriori categorie di rifiuti, come i rifiuti da demolizione e costruzione, gli oli usati, i rifiuti organici o i rifiuti alimentari.

¹⁶ Si veda la decisione 2014/955/CE del 18 dicembre 2014 che modifica la decisione 2000/932 della Commissione del 3 maggio 2000 che a sua volta sostituisce la decisione 94/3/CE che istituisce un elenco di rifiuti conformemente all'art. 1, lettera a), direttiva 75/442/CEE del Consiglio relativa ai rifiuti e la decisione 94/904/CE del Consiglio che istituisce un elenco di rifiuti pericolosi ai sensi dell'art. 1 par. 4 della direttiva 91/689/CEE del Consiglio relativa ai rifiuti pericolosi. La versione consolidata è disponibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1601387547425&uri=CELEX:02000D0532-20150601>.

Si veda anche Comunicazione della Commissione — Orientamenti tecnici sulla classificazione dei rifiuti (2018/C 124/01).

¹⁷ Sulla qualificazione dei rifiuti che possono essere classificati con codici corrispondenti sia a rifiuti pericolosi sia con codici corrispondenti a rifiuti non pericolosi, e sull'obbligo di eseguire campionamenti, analisi chimiche e prove, si veda la sentenza della Corte Giust. 28 marzo 2019, cause riunite C-487/17 – C-489/17, *Verlezza e a.*

¹⁸ Comunicazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 6 novembre 2020, C 375/1, e disponibile al seguente link [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC1106\(01\)&qid=1605247542110&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC1106(01)&qid=1605247542110&from=EN).

¹⁹ Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sull'attuazione della legislazione dell'Unione europea in materia di rifiuti, comprendente la segnalazione preventiva per gli Stati membri che rischiano di non riuscire a conseguire l'obiettivo del 2020 relativo alla preparazione dei rifiuti urbani per il riutilizzo o il riciclaggio, COM/2018/656 del 24 settembre 2018.

causa della diffusione del Covid-19 e del necessario adattamento della gestione dei rifiuti alle nuove esigenze, è probabile che le eventuali procedure di infrazione a carico degli Stati inadempienti saranno avviate solo una volta che saranno definiti nuovi target, parametrati al nuovo scenario che ci troviamo ad affrontare.

Viene poi in rilievo la direttiva relativa alle discariche di rifiuti²⁰, il cui art. 2, par.1, lett. b), chiarisce che per «rifiuti urbani» si intendono i rifiuti domestici nonché gli altri rifiuti equiparabili per la loro natura o composizione ai rifiuti domestici. La medesima direttiva introduce anche una distinzione delle discariche in tre categorie: discarica per rifiuti pericolosi; discarica per rifiuti non pericolosi; discarica per rifiuti inerti. A tal proposito, l'art. 6, rubricato "Rifiuti ammissibili nelle varie categorie di discariche", stabilisce che gli Stati membri provvedono affinché solo i rifiuti trattati vengano collocati a discarica e che le discariche per i rifiuti non pericolosi possano essere utilizzate per i rifiuti urbani e per i rifiuti non pericolosi di qualsiasi altra origine, purché conformi ai criteri di ammissione definiti nell'allegato II²¹.

Inoltre, si ricorda la decisione del Consiglio 2003/33/CE, del 19 dicembre 2002, che stabilisce criteri e procedure per l'ammissione dei rifiuti nelle discariche ai sensi dell'articolo 16 e dell'allegato II della direttiva relativa alle discariche. Questa decisione, infatti, ha introdotto una potenziale deroga che oggi potrebbe trovare applicazione: non è consentito ammettere i rifiuti qualora non siano stati preventivamente trattati conformemente all'art. 6, lett. a), della direttiva discariche o se risultino contaminati con un aumento del rischio associato tale da giustificare il loro smaltimento in altri impianti²².

Partecipa al completamento della disciplina europea sui rifiuti il regolamento n. 1013/2006 relativo alle spedizioni dei rifiuti²³, che stabilisce le norme sul controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno dell'Unione europea, per migliorare la tutela ambientale. Esso definisce anche le regole per le spedizioni di rifiuti da e verso i paesi dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA), dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici (OCSE) e i paesi terzi che hanno firmato la convenzione di Basilea²⁴. In virtù del regolamento testé citato, le spedizioni dei rifiuti sono soggette ad una procedura scritta di notifica e autorizzazione preventiva.

In definitiva, il quadro normativo europeo mira a definire degli obiettivi e delle regole comuni a tutti gli Stati membri per la gestione dei rifiuti. Naturalmente, il sistema così edificato ha necessitato di misure urgenti che permettessero un veloce e chiaro adeguamento delle regole comuni alla situazione generata dalla rapida diffusione del coronavirus ed alle pericolose conseguen-

²⁰ Direttiva 1999/31/CE del Consiglio del 26 aprile 1999 relativa alle discariche di rifiuti, da ultimo modificata dalla direttiva 2018/850 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018.

²¹ Si veda anche l'art. 11 direttiva 1999/31/CE, cit., che definisce le procedure di ammissione dei rifiuti, e la decisione 2003/33/CE del Consiglio che stabilisce criteri e procedure per l'ammissione dei rifiuti nelle discariche citata nella seguente nota.

²² Decisione del Consiglio, del 19 dicembre 2002, che stabilisce criteri e procedure per l'ammissione dei rifiuti nelle discariche ai sensi dell'art. 16 e dell'allegato II della direttiva 1999/31/CE.

²³ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006.

²⁴ Convenzione sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento (convenzione di Basilea), approvata dalla Comunità europea con decisione del Consiglio, del 1° febbraio 1993, sulla conclusione, a nome della Comunità, della convenzione sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento.

ze dello stesso. In questo contesto, la Commissione è intervenuta emanando le Linee guida in commento dal momento che questo tipo di atto costituisce uno strumento particolarmente duttile e di pronto intervento. Si ricorda, infatti, che a differenza delle direttive e dei regolamenti, le linee guida non sono un atto giuridico vincolante²⁵. Ciononostante, esse rappresentano uno strumento autorevole, dato che l'istituzione che le ha emanate non potrà in seguito discostarsi dal loro contenuto²⁶. Dunque, le linee guida sono apparse la soluzione più adeguata per introdurre in maniera efficace e celere delle regole comuni per la gestione dei rifiuti durante la pandemia.

3. Le Linee guida della Commissione europea per lo smaltimento dei rifiuti nella pandemia

Nel definire le Linee guida per la gestione dei rifiuti nell'emergenza sanitaria, la Commissione muove dal presupposto che la pandemia in corso sta mettendo sotto pressione la maggior parte delle attività economiche, talune indispensabili al benessere personale e collettivo, tra le quali si ricomprende la gestione dei rifiuti. Quest'ultima, infatti, costituisce un servizio essenziale che, come sopra illustrato, deve essere assicurato dagli Stati membri e dagli operatori in tutta l'Unione in maniera uniforme in un'ottica di riduzione, di raccolta differenziata e di riciclo. Orbene la stessa normativa europea sui rifiuti, tra cui la citata direttiva 2008/98/CE, riconosce all'art. 13 che la protezione della salute umana incarna (ancor prima degli interessi economici) un elemento essenziale della medesima disciplina e che, dunque, è riconosciuta una certa flessibilità ove necessaria a contrastare precisi rischi per la salute dell'uomo. Su questo presupposto e sulla base di un'ampia consultazione con Stati membri, *stakeholders* e, soprattutto, con il Centro Europeo per il Controllo e la prevenzione delle Malattie (ECDC), la Commissione ha stilato delle istruzioni volte a favorire la corretta gestione dei rifiuti derivanti da soggetti possibilmente contaminati dal virus (come DPI). Se questi rifiuti sono prodotti nell'ambito di abitazioni o luoghi di lavoro essi devono essere trattati come rifiuti indifferenziati urbani, mentre nell'ambito di strutture sanitarie, laboratori e altre attività direttamente connesse al trattamento di pazienti Covid dovrebbero rientrare tra i rifiuti sanitari infetti.

Per quel che concerne i rifiuti urbani, tale ultima indicazione porta seco il rischio di seri pregiudizi per la salute umana nel caso di una raccolta differenziata non corretta, evidenziando inoltre l'importanza che gli Stati membri non fermino la raccolta differenziata e, soprattutto, non chiudano i punti di raccolta, informando tempestivamente i cittadini sulla modalità e sulla temporaneità di alcune misure. Nella Comunicazione sulla raccolta differenziata dei rifiuti domestici pericolosi, la Commissione ha poi riportato le buone pratiche di alcuni Stati membri o loro regioni precisando che la raccolta differenziata di tali rifiuti favorisce il corretto smaltimento tramite incenerimento da parte degli operatori autorizzati ad accettarli²⁷. In alternativa sarebbe anche possibile trattare detti

²⁵ G. FIENGO, *Gli atti "atipici" della comunità europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, sul punto v. *infra* par. 5.

²⁶ C. SCHEPISI, *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, in questa *Rivista*, 2/2019.

²⁷ Documento sopra citato, si veda la parte 2.2 e l'esempio di buone pratiche n. 9, p. 9.

rifiuti mediante sterilizzazione a vapore o mediante trattamenti chimici, secondo le indicazioni dell'OMS²⁸.

Rispetto ai rifiuti sanitari, invece, la Commissione distingue tra rifiuti infetti e rifiuti potenzialmente contaminati dal virus (es. materiale risultante dalla pulizia dei locali), invitando gli Stati membri ad assicurare adeguati piani per il trattamento e, ove necessario, il deposito di rifiuti medici qualora la capacità di processare tali rifiuti sia ridotta. In particolare, si suggerisce la presenza di appositi contenitori sigillati, sanificati e localizzati in aree accessibili solo al personale autorizzato.

Evidente è che nuovi oneri di informazione, di sicurezza ma anche nuove necessità per lo smaltimento di queste categorie di rifiuti si prospettano a carico degli Stati membri e degli operatori di settore. Importante è, quindi, sottolineare che per far fronte a questo tipo di sollecitazioni la Commissione consente agli Stati membri la possibilità di riallocare i fondi 2014-2020 non ancora vincolati ad uno specifico progetto (che ad oggi ammontano al 31% dei 4.9 miliardi del fondo per le politiche di coesione) su progetti che hanno come finalità la gestione dei rifiuti in questo specifico contesto. In tal senso tale approccio flessibile volto a supportare gli Stati membri nella crisi sanitaria pare consentire altresì di mantenere alta l'attenzione relativa all'emergenza ambientale contemperandola a quella sanitaria.

Ulteriore esempio di tale approccio interventista e flessibile è certamente la Comunicazione della Commissione sul quadro temporaneo per gli aiuti di Stato²⁹ con la quale l'Esecutivo europeo ha cercato di dare pronto ed ampio respiro a finanziamenti a vantaggio di tutte le imprese evidentemente colpite duramente dalla pandemia.

Da ultimo, le linee guida invitano gli Stati membri e gli operatori del settore allo scambio di informazioni sulle misure adottate in risposta all'emergenza del coronavirus nella gestione dei rifiuti.

4. La rimodulazione degli obiettivi in materia di gestione dei rifiuti a seguito dell'emergenza sanitaria

Le linee guida in commento sono state affiancate da ulteriori interventi, sempre di *soft law*, con i quali la Commissione ha cercato di intervenire "tamponando" le principali ferite inferte dalla diffusione del Covid-19. Si pensi alla reintroduzione dei controlli alle frontiere su merci e persone da parte degli Stati membri e alle relative conseguenze anche sul trasporto dei rifiuti. Dobbiamo, infatti, ricordare che molti Paesi europei, ai fini della gestione dei loro rifiuti, dipendono da strutture installate in altri Stati membri o in altri paesi cui si applica il regolamento n. 1013/2006³⁰. La preoccupazione della Commissione europea, come sopra anticipato, nel periodo di *lock down* è stata

²⁸ Si veda il documento reperibile al seguente indirizzo: https://www.who.int/water_sanitation_health/publications/technologies-for-the-treatment-of-infectious-and-sharp-waste/en/.

²⁹ *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, 19.3.2020 C(2020) 1863. Sul punto si veda C. MASSA, *COVID-19 e aiuti di Stato: il Quadro temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri*, in *Eurojus.it*.

³⁰ Regolamento n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006, relativo alle spedizioni di rifiuti.

principalmente volta a definire un approccio comune tra i Paesi ai fini della spedizione e della accettazione dei rifiuti, nel pieno rispetto delle condizioni normativamente previste e mantenendo un alto livello di protezione della salute pubblica e dell'ambiente, pur considerando le eccezionali circostanze determinate dal nuovo coronavirus. A tal fine la Commissione ha emanato un documento intitolato "Spedizioni di rifiuti nel contesto della crisi Covid-19: scambio di informazioni e orientamenti per l'applicazione del regolamento UE sulle spedizioni di rifiuti"³¹. Tale documento segue e specifica quanto già previsto in termini generali dagli "Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali"³² e dalla "Comunicazione sull'attuazione delle corsie verdi (c.d. *green lanes*), previste dai citati Orientamenti"³³, e cioè che anche durante i periodi di "chiusura" è necessario garantire il funzionamento del mercato unico e l'approvvigionamento e la circolazione dei prodotti essenziali. A tal fine, gli Stati sono stati invitati a designare delle "corsie verdi" aperte alla circolazione dei veicoli merci e, dunque, anche alla spedizione dei rifiuti. Per agevolare lo svolgimento delle pratiche preordinate alla spedizione dei rifiuti, la Commissione ha anche esortato gli Stati membri ad implementare delle procedure elettroniche in luogo delle pratiche amministrative cartacee normalmente utilizzate e a tener conto delle difficoltà che il notificante può aver trovato a causa di limitazioni impreviste all'attraversamento delle frontiere.

Nel contempo, la Commissione ha sottolineato quanto sia importante adottare tempestivamente misure efficaci per impedire le esportazioni di rifiuti tossici e inquinanti nei paesi terzi, dato che la crisi economica causata dal Covid-19 potrebbe aumentare il rischio di queste pratiche finalizzate a ridurre i costi a carico delle imprese³⁴.

Nel documento relativo alle Spedizioni di rifiuti nel contesto della crisi Covid-19 non si fa invece alcun riferimento al potenziale cambiamento "qualitativo" dei rifiuti, nel senso di considerare pericolosi i rifiuti potenzialmente infetti. In effetti, come sopra anticipato, la provenienza domestica dei rifiuti è considerata determinata ai fini della qualifica del rifiuto come speciale o meno. Nel documento emanato il 30 marzo 2020 dall'ECDC³⁵, l'agenzia europea ha esplicitamente consigliato di utilizzare una raccolta separata, nell'ambiente domestico, dei rifiuti prodotti da un soggetto infetto rispetto a quelli di colui che si prende cura della persona colpita dal virus, distinti a loro volta dagli altri rifiuti domestici. Una volta distinte le buste dei vari rifiuti, tuttavia, è possibile raccogliere tutto in una busta unica pulita senza alcuna ulteriore attività. Conformemente a tali indicazioni, l'Istituto Superiore della Sanità ha emanato delle

³¹ Documento del 30 marzo 2020 disponibile, in inglese, al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/environment/waste/shipments/pdf/waste_shipment_and_COVID19.pdf.

³² https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20200316_covid-19-guidelines-for-border-management.pdf.

³³ Si veda https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/2020-03-23-communication-green-lanes_en.pdf e, da ultimo, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sul potenziamento delle corsie verdi per i trasporti al fine di assicurare la continuità dell'attività economica durante la fase di recrudescenza della pandemia di COVID-19, COM/2020/685.

³⁴ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio Previsione strategica: tracciare la rotta verso un'Europa più resiliente, COM(2020)493, p. 29.

³⁵ Documento disponibile in <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Home-care-of-COVID-19-patients-2020-03-31.pdf>.

indicazioni sulla gestione e smaltimento di mascherine e guanti³⁶. Riprendendo la classificazione dei rifiuti (CER) sopra richiamata, anche l'ente nazionale ha considerato rilevante la provenienza domestica, procedendo ad una qualificazione di mascherine e guanti dei nuclei familiari come "rifiuti urbani", a differenza di quelle prodotte da utenze non domestiche, che costituiscono invece "rifiuti speciali"³⁷.

Nel complesso, le comunicazioni della Commissione appaiono degli strumenti duttili ed efficaci per guidare gli Stati membri nella gestione dell'emergenza legata alla diffusione del Coronavirus. Esse rispondono all'esigenza di definire una strategia comune di reazione, mirata a garantire uno smaltimento dei rifiuti che scongiuri impatti negativi sull'ambiente e sulla salute umana. Purtroppo in una prima fase l'incremento della produzione dei rifiuti derivanti dall'utilizzo di DPI, e comunque di rifiuti potenzialmente contaminati, poteva essere gestito solo coordinando al meglio il conferimento nei rifiuti indifferenziati e poi lo smaltimento degli stessi. Tuttavia, nel medio e nel lungo periodo è necessario definire a livello europeo un piano strategico più articolato e coerente con gli obiettivi di riutilizzo e riciclaggio delle materie prime³⁸. Probabilmente, considerando che saremo costretti a convivere a lungo con il Covid-19 e che comunque non si possono escludere altre minacce per la salute a carattere transfrontaliero³⁹, sarebbe opportuno definire una previsione strategica comune di gestione dei rifiuti urbani determinati dagli effetti della diffusione di agenti patogeni, possibilmente insieme ad una modellizzazione a lungo termine⁴⁰. Nel rispetto delle esigenze connesse alla tutela della salute, una attenta pianificazione potrebbe permettere uno smaltimento coerente con gli obiettivi della normativa europea in materia di rifiuti, tra cui la prevenzione dalla produzione dei rifiuti, il riutilizzo ed il loro riciclaggio.

È invece interessante notare come, a seguito della pandemia, la Commissione europea abbia incluso nella pianificazione strategica una particolare tipologia di recupero dei rifiuti. Ed infatti, l'interruzione di alcune transazioni commerciali con i partner internazionali dovuta al *lock down* ha messo in luce la dipendenza dell'Europa dai fornitori di Paesi terzi per quanto riguarda le materie prime di difficile reperimento, le c.d. materie prime critiche⁴¹. Naturalmente si

³⁶ Si vedano le *Indicazioni ad interim sulla gestione e smaltimento di mascherine e guanti monouso provenienti da utilizzo domestico e non domestico*, cit.

³⁷ Secondo tale documento, il codice più appropriato di mascherine e guanti prodotti da utenze non domestiche sarebbe 150203 "Assorbenti, materiali filtranti, stracci e indumenti protettivi, diversi da quelli di cui alla voce 150202". Si veda anche il rapporto dell'ISPRA, cit.

³⁸ A proposito del piano europeo nel medio e lungo periodo, la Commissione ha recentemente elaborato la strategia per un impegno comune a favore della ripresa verde, contenuta nella proposta per l'Ottavo programma di azione per l'ambiente (8° PAA), Proposta di Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a un programma generale di azione dell'Unione per l'ambiente fino al 2030, COM/2020/652.

³⁹ Si consideri che, al livello europeo, esistono altri atti giuridici adottati per completare le politiche nazionali per la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, si veda ad esempio la decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE.

⁴⁰ Come evidenziato dalla Commissione nella comunicazione *Previsione strategica: tracciare la rotta verso un'Europa più resiliente*, cit., p. 5, la modellizzazione è un metodo che utilizza dati storici per elaborare stime informate sulle tendenze future. In questo senso, la previsione strategica e la modellizzazione sono approcci complementari per una definizione della c.d. politica anticipatrice.

⁴¹ A titolo esemplificativo, si ricorda che la chiusura delle fabbriche in Cina e nel nord Italia ha causato a cascata la penuria di materie prime e componenti e quindi l'interruzione dell'attività

tratta di un problema di carattere politico-economico che necessita valutazioni articolate, tuttavia tale questione ha stimolato uno studio sulle potenzialità dello sfruttamento delle cosiddette miniere urbane, recuperando materie prime dai rifiuti urbani mediante il riciclaggio. La Commissione europea ha analizzato il contributo che attualmente il riciclo dei rifiuti apporta alla soddisfazione della domanda di materie prime, mentre ha concluso che mancano informazioni complete sulla quantità di materie prime contenute nei rifiuti collocati in discarica, che sono quindi potenzialmente disponibili per il recupero o il riciclo⁴². Per questo motivo, nell'ambito della programmazione per una maggiore resilienza delle materie prime critiche, la Commissione ha previsto due *Azioni* che mirano a risolvere questo problema nell'ottica di un'economia circolare: avviare la ricerca e l'innovazione sulle materie prime critiche per quanto riguarda il trattamento dei rifiuti, i materiali avanzati e la sostituzione – utilizzando Orizzonte Europa, il Fondo europeo di sviluppo regionale e i programmi nazionali di ricerca e innovazione – e, entro il 2022, mappare il potenziale approvvigionamento di materie prime critiche secondarie provenienti da scorte e rifiuti dell'Unione individuando progetti di recupero realizzabili⁴³.

5. Le indicazioni dell'Autorità per la Regolazione per l'Energia, Reti e Ambiente

La materia dei rifiuti, con le annesse peculiarità emerse a seguito della pandemia come sin qui illustrato, trova compiuta realizzazione attraverso i puntuali interventi delle competenti autorità nazionali⁴⁴. Come noto, in Italia, tale compito è affidato all'Autorità di Regolazione per l'Energia Reti e Ambiente (ARERA) che, tra le sue numerose mansioni ha quella di «migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea»⁴⁵. Inoltre ai sensi della legge 481/95 all'Autorità sono conferite, tra le altre, le funzioni di: «diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi a beneficio dell'utenza» (lett. c); «tutela dei diritti degli utenti [...]» (lett. d); «predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di

degli stabilimenti automobilistici di tutta Europa. Si veda la comunicazione Previsione strategica: tracciare la rotta verso un'Europa più resiliente, p. 18.

⁴² Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità, COM/2020/474 final, spec. p. 10 ss.

⁴³ Si vedano, rispettivamente, le Azioni n. 3 e 4 previste nella Comunicazione Resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità, cit., p. 12.

⁴⁴ A. BENEDETTI, *Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti*, in questa Rivista, 1/2019.

⁴⁵ Art. 1, comma 527, legge 27 dicembre 2017, n. 205.

esercizio e di investimento, compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio ‘chi inquina paga’”.

Pertanto, nella delibera del 5 maggio 2020 l'ARERA ha adottato *Misure Urgenti a tutela delle utenze del servizio di gestione integrata dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, alla luce dell'emergenza da Covid –19*. La decisione evidenzia la necessità di rispondere a diversi scompensi che la crisi in atto ha riversato sulla gestione dei rifiuti ed, in particolare, le modalità per la copertura dei costi di gestione, in relazione ai criteri di calcolo per la loro determinazione, tenendo conto della sospensione obbligatoria e della riduzione dell'attività di molte utenze non domestiche. Alla copertura dei costi di gestione si aggiungono poi, secondo la relazione dell'ARERA le oggettive «difficoltà operative per i soggetti attivi nella filiera del settore dei rifiuti» e i relativi oneri aggiuntivi da sostenere in risposta all'emergenza epidemiologica⁴⁶.

In altre parole la delibera bene spiega come la situazione in atto conduce, necessariamente, ad una diminuzione delle entrate in considerazione della riduzione forzata delle attività nel rispetto del principio del “chi inquina paga”⁴⁷, d'altra parte evidenti sono le attività aggiuntive che le imprese del settore sono chiamate a sostenere. Da qui la necessità di rimodulare i costi di gestione e di richiedere interventi pubblici per la erogazione dei servizi in questione.

In questo preciso contesto le Linee guida *Waste Management in the context of the coronavirus crisis* possono costituire un'utile guida per il Regolatore, in particolare per quel che concerne gli strumenti di finanziamento cui il documento espressamente rimanda al fine di fronteggiare l'emergenza. Il riferimento alla rimodulazione dei fondi strutturali o alla pubblicazione del *Temporary framework* in materia di aiuti di Stato, ci sembra infatti che possa contribuire ad aiutare le autorità nazionali a trovare conforto concreto nell'ordinamento comunitario. In tal senso, le Linee guida in commento non possono essere ridotte a mere comunicazioni informative, seppure la loro natura giuridica, come sopra anticipato, pare suggerirlo. Sul punto, infatti, sembra utile rammentare come sebbene gli atti di cd. *soft law* siano per definizione non vincolanti, nondimeno essi possono svolgere un ruolo decisivo in particolari contesti, soprattutto emergenziali, come quello in atto. Se le classiche norme di diritto derivato dell'Unione europea costituiscono fonte preminente e vincolante per gli ordinamenti nazionali, tali caratteristiche non sono riconducibili a comunicazioni, raccomandazioni, linee guida *ac similia*, delle Istituzioni europee. Il motivo è ben noto: gli atti cd. atipici non sono emanati all'esito di un preciso *iter* legislativo ma rappresentano, per lo più, l'opinione (parere) o il suggerimento (raccomandazione) della istituzione dalla quale promanano. In questi atti sono, quindi, assenti quelle garanzie di controllo democratico (e politico) che, viceversa, conferiscono veste normativa agli atti cd. tipici dell'Unione ov-

⁴⁶ Si vedano anche la Deliberazione 26 marzo 2020 102/2020/r/rif Richiesta di informazioni per l'adozione di provvedimenti urgenti nel settore di gestione del ciclo integrato dei rifiuti, anche differenziati, urbani ed assimilati, alla luce dell'emergenza da Covid-19 e la Deliberazione 299/2020/r/rif Differimento dei termini di cui alla deliberazione dell'autorità 238/2020/r/rif in materia di copertura dell'esposizione finanziaria del servizio di gestione integrata dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati a seguito dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

⁴⁷ Sul principio di “chi inquina paga” si veda, tra gli altri, N. DE SADELEER, *Environnemental Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2002; J. DUREN, *Le Pollueur-payeur. L'application et l'avenir du principe*, in *Revue du Marché commun*, 1987, p. 144; R. MACRORY (ed), *Principles of European Environmental Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004; M. MELI, *Il principio comunitario “chi inquina paga”*, Giuffrè, Milano, 1996; P. THIEFFRY, *Manuel de droit européen de l'environnement*, cit.

vero regolamenti, direttive e decisioni. Eppure nell'attuale crisi economica e sanitaria l'Unione europea sovente (come nelle linee guida qui in esame) si sta muovendo attraverso questi atti "minori", certamente più "morbidi" nella loro autorevolezza ma, evidentemente, più adatti a fronteggiare le emergenze. I tempi del legislatore (finanche europeo) sono, infatti, palesemente incompatibili con la necessità di fornire risposte pronte, immediate ed aggiornate. Talune contingenze, tra cui il tema dello smaltimento dei rifiuti in epoca pandemica, non possono permettersi lunghe attese e ampi dibattiti istituzionali, necessitando interventi regolatori snelli e, per quanto possibile, decisi a tavoli tecnici piuttosto che politici. Non ci sembra, quindi, un caso che in questo momento sia la Commissione europea con i suoi interventi regolatori, privi di qualsiasi valore normativo, ad indirizzare la gestione della crisi anche nel settore in commento⁴⁸. Alla luce di queste osservazioni si ricorda che, benché non vincolanti per i destinatari, gli atti atipici possono vincolare l'istituzione da cui provengono, legittimando così le azioni intraprese nel rispetto di quelle indicazioni e, viceversa, impedendo all'Autore dell'atto di discostarsi da esso senza una congrua giustificazione. Nel caso in esame, ad esempio, il riferimento delle Linee guida agli strumenti di finanziamento (come la possibilità per le autorità nazionali di rimodulare i fondi europei o di far ricorso al nuovo regime di esenzione in materia di aiuti di Stato) vincolerà visibilmente la Commissione nell'attività di giudizio in sede di rendicontazione delle spese nazionali legate ai fondi europei, anziché sugli interventi messi in campo dagli Stati membri in deroga alla disciplina sugli aiuti di Stato. In virtù di queste considerazioni, ci sembra che le Linee guida qui riportate non rappresentino un semplice monito di matrice sovranazionale, ma possano costituire un'utilissima base a vantaggio delle autorità nazionali competenti al fine di "giustificare" e legittimare *ex post* a livello europeo la loro azione.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui esaminato possiamo concludere che la diffusione del Covid-19 ha certamente imposto una nuova riflessione sul rapporto tra salute ed ambiente⁴⁹, determinando l'emergenza sanitaria una nuova ponderazione dei prefissi target ambientali. Il *Green deal* emanato dalla Commissione europea, che avrebbe dovuto rappresentare una tabella di marcia, sembra essere stato declassato ad obiettivo raggiungibile solo nel lungo termine. In effetti, oltre alle preoccupazioni relative al coordinamento dell'emergenza sanitaria, i vari governi nazionali sono principalmente (pre)occupati dalla gestione degli effetti economici generati dal *lock down*. Ed in questo contesto, almeno a livello nazionale, le apprensioni di tipo economico e sanitario sembrano preva-

⁴⁸ La Commissione europea ha adottato lo strumento delle linee guida per indirizzare l'azione degli Stati membri anche in altri settori. Si vedano, a titolo esemplificativo, le Linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE e gli effetti sulla politica in materia di visti (C(2020) 2050), Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento (C(2020) 2516) o le Linee guida per una ripresa graduale e coordinata delle operazioni di visto (C(2020) 3999).

⁴⁹ Per un primo studio in materia si veda S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

lere su quelle ambientali. Le linee guida testé esaminate, nonché i documenti del Centro europeo per la prevenzione ed il controllo delle malattie (ECDC), cercano, invece, di richiamare l'attenzione dei governi nazionali anche sull'emergenza ambientale che, seppure in un'ottica di lungo raggio, non può di certo essere ignorata.

Anzi, a nostro sommosso avviso, pare che la crisi sanitaria ed economica in atto possa rappresentare un utile viatico per il superamento anche della crisi ambientale. Certo, la risoluzione dei problemi economici e sanitari può figurare – soprattutto all'interno degli Stati membri – come primo punto dell'agenda dei governi che, per ovvie ragioni, spesso propongono ed optano per soluzioni legislative di corto-medio raggio. Tale approccio miope, viceversa, non pare essere presente nell'ordinamento giuridico dell'Unione che si propone obiettivi di medio-lungo termine, tra cui la transizione al *green*. Orbene, in un ordinamento multilivello (per usare un termine tanto di moda quanto efficace) è senz'altro importante conoscere la posizione dell'Unione e, dunque, la lettura di atti come le linee guida in commento. Da questi documenti si ricava, infatti, che un'attenta politica in materia di rifiuti (dunque ambientale) deve essere perseguita dagli Stati membri, al di là delle convinzioni ideologiche, per ottenere il supporto economico dell'Unione, supporto che, come la stessa crisi sta insegnando, è un dato oramai imprescindibile per la soluzione dei complessi problemi, di vario tenore, che gli Stati membri stanno fronteggiando.



COMMENTI

La regolazione del servizio postale nel difficile rapporto tra regole di mercato e garanzia della coesione sociale

The regulation of the postal service in the difficult relationship between market rules and the guarantee of social cohesion

di Gaia Colombo *

ABSTRACT

Il presente lavoro, muovendo da una breve ricostruzione del quadro normativo e regolatorio di riferimento, è volto ad approfondire il tema del rapporto tra regole di mercato da un lato e garanzia della coesione sociale dall'altro nell'ambito dei servizi di interesse economico generale, attraverso l'esempio della regolazione postale.

Nelle pronunce in commento, in particolare, il Giudice amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle scelte di razionalizzazione operate da Poste Italiane S.p.A., in qualità di fornitore del servizio universale, dettate da ragioni di economicità gestionale, e sulla loro compatibilità con il perseguimento dei fini sociali insiti proprio nel carattere universale del servizio.

Tale valutazione si traduce, di fatto, in una verifica del rispetto dei limiti al potere di riorganizzazione del servizio postale: limiti che trovano la loro ragion d'essere nella necessità di garantire, oltre all'equilibrio economico-finanziario del fornitore, il rispetto dei diritti sociali degli individui.

Le decisioni che a riguardo sono assunte in sede giurisprudenziale finiscono quindi per assumere un rilievo determinante anche rispetto al tema generale della definizione del servizio universale e della sua reale consistenza.

Parole Chiave: Servizi di interesse economico generale – Servizio postale – Servizio universale – Concorrenza – Coesione sociale – Coesione territoriale – Equilibrio economico – Razionalizzazione della rete – Accessibilità al servizio – Mercato unico – Proporzionalità.

The present essay, starting from a brief reconstruction of the reference legislative and regulatory framework, is aimed at deepening the theme of the relationship between compliance with market rules on one hand and guaranteeing social cohesion on the other in the context of services of general economic interest, through the example of postal regulation.

In the decisions in question, in particular, the Administrative Court was asked to rule on the legitimacy of the rationalization choices made by Poste Italiane S.p.A., as universal service provider, set out by reasons of low-cost management, and on their compatibility with the prosecution of the social purposes inherent in the universal character of the service.

This assessment translates, in fact, into a verification of the compliance with the limits to the postal service reorganization power: limits that find their reason in the need

* Collaboratrice presso la Cattedra di Diritto Amministrativo dell'Università del Piemonte Orientale.

to guarantee the compliance with the social rights of individuals, in addition to the provider's economic-financial balance.

Thus, the court decisions that are taken in this regard are of crucial importance also with respect to the general theme of the definition of the universal service and its real consistency.

Key Words: *Services of general economic interest – Postal service – Universal service – Competition – Social cohesion – Territorial cohesion – Economic balance – Network rationalization – Accessibility to the service – Single market – Proportionality.*

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. I, 20 FEBBRAIO 2020, PARERE N. 474.
PRES. M.L. TORSELLO. EST. M. PIZZI**

«Una decisione di chiusura basata sulla sola esigenza di assicurare "l'equilibrio economico" non potrebbe di per sé ritenersi legittima, giacché ridurrebbe gli elementi da prendere in considerazione al solo utile economico, il quale diviene, in una tale ipotetica prospettiva, un criterio che va ad oscurare la rilevanza di una delle ragioni stesse del servizio pubblico, vale a dire l'esigenza, che dev'essere garantita in quanto tale, di assicurare a chiunque la ragionevole opportunità di poter fruire delle prestazioni del servizio medesimo» .

«Non solo il criterio della economicità del servizio non può essere assunto quale dato assoluto, ma anche il profilo delle distanze chilometriche deve essere valutato con estrema attenzione, rifuggendo da qualunque automatismo, anche perché "l'espressione «accessibilità al servizio», utilizzata dai criteri stabiliti dal decreto ministeriale non può [...] prescindere dall'effettiva percorribilità delle strade di accesso all'ufficio postale in termini di reale fruibilità da parte dei cittadini" [...], occorrendo pertanto un'istruttoria completa e approfondita, per rilevare in modo certo se la modifica del sistema di distribuzione degli uffici mantenga inalterata la garanzia per i cittadini di assicurazione del servizio di interesse economico generale» .

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 10 APRILE 2019, N. 2362.
PRES. S. DE FELICE. EST. F. GAMBATO SPISANI**

L'espressione "accessibilità al servizio" non può prescindere dall'effettiva e normale percorribilità delle strade di accesso agli uffici postali in termini di reale e conveniente fruibilità da parte dei cittadini. Ciò significa che le strade di accesso sono quelle percorribili in condizioni di sicurezza materiale e serviti da mezzi pubblici, in maniera che l'accesso non sia condizionato dalla disponibilità di mezzi privati. Tale affermazione, tuttavia, non va intesa nella sua assolutezza, ma va letta nel contesto in cui è stata fatta.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La regolazione del settore postale tra disciplina europea e diritto interno. – 3. Il servizio postale universale. – 4. I criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete e la "razionalizzazione" della rete degli uffici postali. – 4.1. I limiti al potere di riorganizzazione del servizio postale. *Focus:* la "accessibilità al servizio": due pronunce a confronto (Cons. Stato, sez. I, 20 febbraio 2020, parere n. 474 e Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2019, sentenza n. 2362). – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Come è noto, il servizio pubblico postale è un servizio di interesse economico generale e, in quanto tale, è uno di quei servizi che si ritiene debbano essere garantiti sull'intero territorio, a condizioni accessibili a tutti, per ragioni di "coesione sociale e territoriale"¹.

¹ In questo senso si esprime la cd. "terza Direttiva postale" (direttiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 febbraio 2008), ribadendo il principio cui si ispira il diritto europeo fin dalla prima Direttiva postale (direttiva 97/67/CE).

A tal fine, nel settore postale, così come in tutti i servizi di interesse economico generale, è stato individuato «un insieme minimo di servizi di qualità specifica che devono essere forniti in ciascuno Stato membro ad un prezzo accessibile a tutti gli utenti, indipendentemente dalla loro localizzazione geografica nella Comunità»² (oggi Unione): ciò che costituisce, nel linguaggio del diritto europeo, il servizio universale³.

Praticare prezzi uniformi e accessibili e, insieme, rendere il servizio disponibile per tutti, indipendentemente dalle caratteristiche geografiche e di densità della popolazione delle diverse parti del territorio sono i contenuti essenziali del servizio universale.

Proprio la necessità di garantire il rispetto di tali obblighi ha fatto sì che il servizio postale, fino a tempi recenti, fosse organizzato nella forma del monopolio legale⁴.

Nel diritto dell'Unione, tuttavia, si è assistito a una progressiva riduzione dei segmenti di mercato in monopolio, attraverso un processo che ha condotto, nel 2008, alla liberalizzazione del settore postale⁵.

² Cfr. considerando 11 direttiva 97/67/CE.

³ Sul tema del servizio universale cfr., in dottrina, *ex multis*, G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, spec. p. 41 ss.; G. FONDERICO, *Concorrenza e fini sociali nei servizi di pubblica utilità*, in G. Vesperini-G. Napolitano (a cura di), *Liberalizzazione e concorrenza*, Quaderni dell'Istituto Giuridico – Annali 1998-1999, Università degli Studi della Tuscia – Facoltà di Economia, p. 96; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, p. 429 ss.; A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, spec. p. 1131 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, Torino, 2019, p. 140 ss.; in giurisprudenza, *ex multis*, Corte Giust., sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00 (Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg); Corte Giust., sentenza 18 giugno 1998, causa C-266/1996 (Corsica Ferries France SA e Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. Arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. Arl, Ministero dei Trasporti e della Navigazione).

In tema di servizio universale con specifico riferimento al settore postale, cfr., in dottrina, V. Visco Comandini (a cura di), *Economia e regolazione delle reti postali: globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, Carocci, Roma, 2008; ID., *Il settore postale: liberalizzazione e servizio universale*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze, Passigli Firenze-Antella, 2010, pp. 383 ss.; M.A. IMPINNA-A. MIRAGLIA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità del servizio universale postale*, in G. Napolitano (a cura di), *La riforma del settore postale nell'era digitale*, Rapporti IRPA, 2015, 2, disponibile online in <http://www.irpa.eu/ricerche/la-riforma-del-settore-postale-nellera-digitale>; in giurisprudenza, *ex multis*, Corte Giust., sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91 (Paul Corbeau e Régie des postes); Corte Giust., sentenza 17 maggio 2001, causa C-340/99 (TNT Traco SPA e Poste Italiane SPA); Corte Giust., sentenza 21 novembre 2019, cause riunite C-203/18 e C-374/18 (Deutsche Post AG e Klaus Leymann contro Land Nordrhein-Westfalen e UPS Deutschland Inc. & Co. OHG e a. contro Deutsche Post AG); Corte Giust., sentenza 31 maggio 2018, cause riunite C-259/16 e C-260/16 (Confederazione Generale Italiana dei Trasporti e della Logistica (Confetra) e a. contro Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Ministero dello Sviluppo Economico).

⁴ La presenza di un unico operatore economico, in particolare, era volta a consentire a quest'ultimo di compensare da un lato il maggior costo del servizio reso nelle aree remote e poco densamente popolate con i più bassi costi delle prestazioni rese nelle aree di più facile accesso, dall'altro i costi derivanti dalla prestazione del servizio universale con i ricavi di altri servizi più redditizi. In tal modo, il monopolista riusciva sia ad assicurarsi una gestione efficiente del servizio complessivamente considerato, attraverso il sistema di compensazioni poc'anzi accennato, sia a garantire il rispetto degli obblighi di servizio universale, rendendo disponibile il servizio uniformemente, in tutto il territorio, a prezzi accessibili a chiunque. Sul tema cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 136 ss.

⁵ Come si avrà modo di chiarire in seguito, il fenomeno dell'apertura del mercato postale può considerarsi sostanzialmente avviato con l'adozione della c.d. "prima Direttiva postale" (direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, recante "Regole co-

In proposito, l'idea ispiratrice della legislazione europea è che le esigenze di coesione sociale e territoriale possano essere comunque soddisfatte circoscrivendo l'ambito del servizio pubblico ad alcune prestazioni essenziali, ed aprendo alla concorrenza il mercato postale: sia la "concorrenza" sia la "coesione sociale", infatti, sono beni giuridici espressamente tutelati sia nell'ordinamento europeo sia in quello italiano⁶.

Al fine di garantire l'apertura alla concorrenza del mercato postale, assicurando al contempo la tutela dei diritti sociali degli individui, il diritto europeo impone l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale che consentano di neutralizzare, o quanto meno ridurre, "differenze, anche cospicue, di ruoli e di condizioni di vita dei singoli", per giungere così al "riconoscimento reciproco di una comune appartenenza ad una formazione sociale, chiusa o aperta, ma comunque legata da valori e beni comuni e da vincoli di solidarietà"⁷: in questo consiste la c.d. "coesione sociale".

Come si avrà modo di vedere con l'esempio della regolazione postale, tut-

muni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio". Tuttavia, è solo con la c.d. "terza Direttiva postale" (direttiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 febbraio 2008) che la liberalizzazione, quanto meno formale, del settore postale può considerarsi compiuta.

⁶ Sul tema, cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, Relazione al seminario sul tema «Diritti e coesione sociale», organizzato dall'Istituto di Scienze Umane, in Firenze, nei giorni 8 e 9 giugno 2012, 53 ss.; G. FONDERICO, *Concorrenza e fini sociali nei servizi di pubblica utilità*, cit., 93.

Con riferimento al diritto sovranazionale, tra le norme a tutela della concorrenza previste dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), è imprescindibile il riferimento all'art. 106. Tale disposizione, in particolare, prevede da un lato che gli Stati membri non possono emanare né mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, dall'altro che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole del mercato. L'unica deroga possibile alle regole di concorrenza è quella espressa al paragrafo 2 della medesima disposizione: esse valgono nei confronti delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale «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». In ogni caso, «lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

La disposizione poc'anzi richiamata, tuttavia, deve necessariamente essere letta in combinato disposto con l'art. 14 TFUE. Con il Trattato di Lisbona, infatti, sono stati fortemente sottolineati, «l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché [il] loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale» ed è stato riservato al Parlamento europeo ed al Consiglio, sempre nel rispetto delle competenze degli Stati membri, il compito di fissare il quadro normativo dei principi e delle condizioni per il funzionamento dei SIEG (art. 14 TFUE). Sul tema, cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale – Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010; J. BURKE, *A Critical Account of Article 106(2) TFEU. Government Failure in Public Service Provision*, Hart, Oxford, 2018; W. SAUTER, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *European Law Review*, No. 2, 2008; J.L. BUENDIA SIERRA, *Chapter 6: Article 106 – exclusive or special rights and other anti-competitive state measures*, in J. Faull-A. Nickpay (eds), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Uguale rilevanza di diritto positivo, pertanto, deve attribuirsi al valore della "coesione sociale".

Anche nel diritto italiano si nota lo stesso fenomeno: la Repubblica tutela la libertà di iniziativa economica privata e la concorrenza (artt. 41, 117 Cost.; sul tema, cfr. F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2020, pp. 1, 17), ma al contempo «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.). Per tale ragione, anche nell'ordinamento interno, come in quello europeo, se da un lato è previsto che debba sempre essere garantito il perseguimento dei valori del mercato, dall'altro è anche consentito che la tutela di quegli stessi valori possa essere temperata attraverso la previsione di deroghe al modello regolatorio pro-concorrenziale, per il perseguimento di fini di carattere sociale (cfr. art. 41, comma 3, Cost.).

⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, cit., 56.

tavia, la ricerca del giusto equilibrio tra rispetto delle regole di mercato da un lato e garanzia della coesione sociale dall'altro è un'operazione tutt'altro che semplice.

Nelle pronunce in commento, in particolare, il Giudice amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle scelte di razionalizzazione operate da Poste Italiane S.p.A., in qualità di fornitore del servizio universale, dettate da ragioni di economicità gestionale, e sulla loro compatibilità con il perseguimento dei fini sociali insiti proprio nel carattere universale del servizio.

Tale valutazione si traduce, di fatto, in una verifica del rispetto dei limiti al potere di riorganizzazione del servizio postale: limiti che trovano la loro ragion d'essere nella necessità di garantire, oltre all'equilibrio economico-finanziario del fornitore, il rispetto dei diritti sociali degli individui.

L'indagine che ne deriva, pertanto, lungi dall'essere limitata a una valutazione di legittimità dei provvedimenti impugnati, si traduce in un'analisi ben più ampia: quella sulla definizione di servizio universale e della sua reale consistenza.

Particolarmente significativa, al riguardo, sembra essere la riflessione offerta dalle pronunce in commento – riconducibili a una giurisprudenza molto ricca formatasi sul tema – sul limite della “accessibilità al servizio”: uno degli elementi essenziali del servizio universale, tradizionalmente inteso come «effettiva e normale percorribilità delle strade di accesso agli uffici postali in termini di reale e conveniente fruibilità da parte dei cittadini»⁸.

Come si avrà modo di meglio approfondire in seguito, proprio in relazione all'interpretazione che di tale criterio offrono, le decisioni in esame non sembrano pienamente sovrapponibili.

Da tale differenza discende, in particolare, una diversa valutazione sulla legittimità dei provvedimenti di chiusura adottati, che sottende in realtà una riflessione ben più complessa: quella relativa al contenuto degli obblighi di servizio universale, tra rispetto delle regole di mercato da un lato e garanzia della coesione sociale dall'altro.

Per tale ragione, l'analisi delle decisioni in commento si rivela particolarmente significativa, poiché rappresenta un'occasione per riflettere sui modi di temperamento di questi diversi valori ed obiettivi, da cui dipende, in ultima analisi, la definizione del contenuto del servizio universale.

2. La regolazione del settore postale tra disciplina europea e diritto interno

Al fine di meglio comprendere il significato delle pronunce giurisprudenziali in commento, è bene anzitutto fornire una breve ricostruzione del quadro normativo – sia nazionale sia europeo – e regolatorio attualmente vigente⁹.

⁸ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2015, n. 635; Id., 11 marzo 2015, n. 1262; Id. 23 novembre 2016, n. 4926; Cons. Stato, sez. I, 20 gennaio 2020, parere n. 156; Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2014, n. 2976; Tar Marche, sez. I, 17 aprile 2018, n. 269.

⁹ Per una più ampia ricostruzione dell'evoluzione della disciplina in materia: L. MAGRONE, *Le poste*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, spec. p. 1321 ss.; A. ROCCHIETTI MARCH, voce *Poste*, in *Enc. giur.*, Vol. XXVI, Roma, Treccani, 2002, pp. 1-10; M.E. SANTA, *La liberalizzazione dei servizi postali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, 1, pp. 119-147; L. MONTEL, voce *Poste e telecomunicazioni*, in *Di-*

La disciplina europea del servizio postale, come tutta la normativa europea sui servizi di interesse economico generale, si inserisce nel complessivo progetto di creazione di un mercato unico della Comunità europea (ora Unione), inteso come «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali»¹⁰.

In vista di questo obiettivo, il legislatore europeo ha pertanto avviato un lungo processo di liberalizzazione dei principali settori economici ed in particolare di quelli associati all'erogazione di servizi di interesse generale che, fino agli anni Novanta, erano caratterizzati dalla presenza di grandi monopoli pubblici¹¹.

Con specifico riferimento al settore postale, la sua liberalizzazione è avvenuta gradualmente, attraverso la progressiva riduzione dei segmenti di mercato in monopolio. Si sono man mano ridimensionate le soglie di peso e di prezzo degli invii di corrispondenza oggetto della riserva e si è circoscritta l'elencazione degli specifici prodotti postali di esclusiva spettanza del fornitore del servizio universale (prodotti editoriali, pacchi, pubblicità indirizzata, ecc.).

L'idea ispiratrice della legislazione europea è che, al fine di garantire l'esercizio della concorrenza anche nel settore postale, le – ugualmente imprescindibili – esigenze di coesione sociale e territoriale possano essere comunque soddisfatte circoscrivendo l'ambito del servizio pubblico solo ad alcune delle prestazioni essenziali ed aprendo, dunque, alla concorrenza la provvista dei servizi postali. Ne è risultato un sistema nel quale il fornitore del servizio universale coesiste con una pluralità di operatori privati, che agiscono secondo il proprio calcolo di convenienza economica¹².

Il fondamento normativo di questo processo viene individuato innanzitutto nelle disposizioni a tutela della concorrenza previste dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea – TFUE e, con specifico riferimento ai servizi pubblici, nell'art. 106.

Come si è detto, tuttavia, si è trattato di un processo graduale.

La gradualità della rimozione del monopolio pubblico è stata giustificata dalla necessità di non interrompere bruscamente le rendite monopolistiche funzionali al finanziamento degli obblighi di servizio universale, consistenti, nel settore postale, nella presenza di un'offerta diffusa su tutto il territorio, unita al vincolo di fissazione di un prezzo geograficamente uniforme¹³.

Il fenomeno dell'apertura del mercato postale può considerarsi avviato nel 1993 con la pubblicazione del c.d. Libro Verde sullo sviluppo del mercato uni-

gesto Disc. pubbl., Utet, Torino, 1996; G. DE SANCTIS-F. MOLteni, voce *Poste e telecomunicazioni*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 568 ss.

¹⁰ Cfr. art. 26 TFUE.

¹¹ Cfr. V. PAMPANIN, "Il postino suona sempre due volte o non suona affatto": sul mutamento di modello normativo del servizio postale universale, in *Il diritto dell'economia*, vol. 31, n. 95 (2018/1), p. 90 ss. Per una panoramica dei diversi settori interessati dal processo di liberalizzazione europeo cfr. N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 1999, spec. pp. 67 ss. In generale, in tema di liberalizzazioni, v. F. Liguori F.-C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, con particolare riferimento ai contributi di M. Clarich e G. Napolitano.

¹² Sul tema cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 136 ss.

¹³ In questo senso cfr. D. CAPOTORTO, *Regolazione e concorrenza nel settore postale – Fallimento del mercato o fallimento della regolazione?*, Jovene Editore, Napoli, 2017, p. 2 ss.; S. GORI-M. MARÈ-V. VISCO COMANDINI, *Obblighi di universalità, esternalità economiche e beni pubblici*, in V. Visco Comandini (a cura di), *Economia e regolazione delle reti postali. Globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, cit., p. 85.

co dei servizi postali¹⁴, cui hanno fatto seguito la c.d. “prima Direttiva postale” (direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, recante «Regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio»), recepita in Italia con il d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 e la c.d. “seconda Direttiva postale” (direttiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 giugno 2002), recepita con il d.lgs. 23 dicembre 2003, n. 384.

Tuttavia, è solo con la c.d. “terza Direttiva postale” (direttiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 febbraio 2008) che la liberalizzazione, quanto meno formale, del settore postale può considerarsi sostanzialmente compiuta. Invero, la direttiva 2008/6/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58, ha pressoché azzerato, salve talune eccezioni, le aree di riserva in favore dei fornitori del servizio universale operanti nei Paesi dell'Unione.

L'obiettivo via via perseguito dal legislatore europeo è, dunque, quello della massima apertura alla concorrenza.

Tuttavia, al fine di conciliare l'esigenza di assicurare le prestazioni essenziali del servizio postale a condizioni accessibili a tutti con quella di aprire il settore postale alla concorrenza, il diritto europeo ha operato – e opera tutt'ora – su due piani¹⁵. Esso, infatti, non solo isola, nell'ambito dell'attività postale, il nucleo delle prestazioni che devono essere garantite a tutti a condizioni uniformi ed accessibili: queste prestazioni costituiscono l'oggetto del servizio universale che viene fornito da una o più imprese a ciò incaricate dai servizi pubblici; ma al contempo, in relazione alle prestazioni di servizio universale, individua modalità di finanziamento che permettano di coprire il costo netto degli obblighi di servizio universale, come sopra definito, ponendo peraltro agli Stati membri limiti e obblighi, che sono stati puntualmente definiti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁶.

Al fine di assicurare il perseguimento, da un lato, di un'effettiva concorren-

¹⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici per lo sviluppo dei servizi postali comunitari*, COM (93) 247 del 2 giugno 1993.

¹⁵ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 138 ss.

¹⁶ Cfr., *ex multis*, Corte Giust., sentenza “Altmark” cit.; il c.d. “pacchetto Monti-Kroes” del 2005, costituito da tre misure: la decisione della Commissione 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 generale; la Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (In G.U. C 297 del 29 novembre 2005); la direttiva 2005/81/CE «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»; il nuovo pacchetto SIEG, cd. “Almunia”, adottato fra il 20 dicembre 2011 e il 25 aprile 2012, che consta di quattro strumenti: la «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» (Pubblicata in G.U. C 8 dell'11.1.2012); la decisione 2012/21/UE «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» (pubblicata in G.U. L 7 dell'11.1.2012); la Comunicazione recante «Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico» (Pubblicata in G.U. C 8 dell'11.1.2012); il regolamento (UE) n. 360/2012 del 25 aprile 2012 relativo all'applicazione degli artt. 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 (cd. “Regolamento *de minimis*” pubblicato in G.U. L 114 del 26 aprile 2012).

za nel settore postale e, dall'altro, della garanzia dei diritti fondamentali degli individui, la Direttiva postale richiede poi la presenza di una o più autorità di regolazione «giuridicamente distinte e funzionalmente indipendenti dagli operatori postali», con il compito di «garantire l'osservanza degli obblighi» derivanti dalla Direttiva stessa ed, eventualmente, di «garantire il rispetto delle norme in materia di concorrenza nel settore postale»¹⁷.

Con riferimento all'ordinamento italiano, l'Autorità di regolazione, istituita dal d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58, doveva essere inizialmente denominata «Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale». Tuttavia, essa è stata soppressa dopo soli alcuni mesi con il c.d. decreto «Salva Italia» (d.l. n. 201/2011) e le relative competenze sono state trasferite all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – AGCOM, che ha conseguentemente istituito, nel dicembre 2012, la Direzione per i servizi postali.

Oltre alla funzione di vigilanza sul rispetto delle norme di settore e degli impegni assunti dal fornitore del servizio universale, spetta all'Autorità determinare le caratteristiche, anche di qualità, delle prestazioni di servizio universale nonché il livello massimo delle relative tariffe¹⁸. Per l'esercizio delle funzioni che le sono attribuite, peraltro, l'Autorità si può avvalere degli organi territoriali del Ministero dello Sviluppo Economico¹⁹.

Il complesso quadro regolatorio si compone, pertanto, oltre dei provvedimenti normativi, europei e nazionali sopra citati, anche di altre fonti e risulta frammentato in una molteplicità di attribuzioni esercitate ora dal Ministero per lo Sviluppo Economico, ora dall'Autorità di regolazione, istituita, come si è detto, tardivamente e individuata, solo a partire dal 2011, nell'AGCOM.

3. Il servizio postale universale

L'insieme delle prestazioni minime che si ritiene debbano essere garantite nella fornitura del servizio postale costituisce, come si è detto, il servizio universale.

Al riguardo, si osservi anzitutto che la normativa europea impone agli Stati di garantire che il servizio postale universale si evolva in relazione alle condizioni tecniche, economiche e sociali in cui viene effettuato nonché alle esigenze degli utenti. Si tratta, dunque, di concetto mutevole e relativo, che può includere prestazioni diverse nel tempo in quanto chiamate a soddisfare i diversi bisogni che si possono via via manifestare²⁰.

La concreta realizzazione del servizio postale universale così configurato è rimessa agli Stati, in applicazione dei principi dettati dal diritto dell'Unione sul

¹⁷ Cfr. art. 22 direttiva 97/67/CE.

¹⁸ Cfr. art. 2, comma 4, d.lgs. n. 261/1999.

¹⁹ Cfr. art. 2, comma 4, d.lgs. n. 261/1999. Sono stati sollevati dubbi circa l'effettiva indipendenza dell'Amministrazione ministeriale nei confronti di Poste Italiane S.p.A.: sul punto si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 146. Sul tema dell'indipendenza delle Autorità di regolazione cfr. anche, in termini più generali, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019.

²⁰ Cfr. in tal senso M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., p. 184, ove si chiarisce che servizio universale è «una nozione flessibile, da puntualizzare settore per settore, ed evolutiva, che deve tener conto degli sviluppi tecnologici e delle nuove esigenze dell'utenza».

punto. La normativa europea, in particolare, stabilisce la disciplina fondamentale, individuando le singole prestazioni che devono essere rese in regime di servizio universale attraverso una serie di disposizioni che presentano un diverso grado di dettaglio. Sono individuate in modo puntuale la frequenza e il numero minimo delle prestazioni di base (raccolta e distribuzione degli invii postali), mentre – com'è facilmente intuibile – è compito del diritto interno quello di specificare la densità della “rete” postale degli Stati membri, cioè la distribuzione territoriale degli uffici e dei dispositivi per la raccolta degli invii postali. Così pure è lasciata al legislatore nazionale la fissazione dei prezzi delle prestazioni di base, purché si tratti di tariffe «accessibili a tutti gli utenti»²¹.

Spetta poi agli Stati designare uno o più fornitori del servizio universale e definire il rapporto sulla base del quale sarà fornito il servizio.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, l'oggetto del servizio universale postale, così come definito dall'art. 3 del d.lgs. n. 261/1999, è comprensivo della raccolta, del trasporto, dello smistamento e della distribuzione degli invii postali fino a 2 kg e dei pacchi postali fino a 20 kg, oltre che dei servizi relativi alle raccomandate ed assicurate e alla c.d. “posta massiva” (comunicazioni bancarie, bollette e bollettini di pagamento, ecc.). Esso deve essere garantito in via continuativa per tutta la durata dell'anno, ad un prezzo accessibile, con un livello qualitativo determinato.

Lo stesso d.lgs. n. 261/1999 designa poi come unico fornitore del servizio universale Poste Italiane S.p.A., fino al 2026²². Ogni cinque anni il Ministero dello Sviluppo Economico verifica, sulla base di un'analisi effettuata dall'AGCOM, che l'affidamento del servizio universale a Poste Italiane sia conforme ai criteri di continuità della fornitura, redditività degli investimenti, stato economico e struttura organizzativa dell'impresa e che nello svolgimento dello stesso si registri un miglioramento di efficienza, sulla base di indicatori definiti e quantificati dall'Autorità.

Il fornitore del servizio universale deve garantire una presenza capillare della rete postale, attraverso l'attivazione di un congruo numero di “punti di accesso”, comprensivi di uffici postali e di cassette di raccolta messe a disposizione del pubblico o sulla pubblica via, in «tutti i punti del territorio nazionale» individuati secondo criteri di ragionevolezza. Il fornitore del servizio deve, inoltre, assicurare la raccolta e la distribuzione al domicilio individuale degli invii postali almeno cinque giorni a settimana, salva la possibilità di una deroga²³.

La disciplina vigente non esclude che anche altri soggetti possano svolgere le attività che rientrano nel servizio universale. Come in tutti i Paesi dell'Unione europea, infatti, anche in Italia è stato realizzato un mercato completamente aperto alla concorrenza in cui i *competitors* di Poste Italiane possono entrare nel mercato delle spedizioni che prima era riservato al fornitore del servizio universale²⁴.

²¹ Cfr. art. 3 direttiva 97/67/CE.

²² Ai sensi di quanto disposto dall'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 261/1999, così come modificato dal d.lgs. n. 58/2011, «il servizio universale è affidato a Poste Italiane S.p.A. per un periodo di quindici anni», a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 58/2011.

²³ L'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 261/1999 è stato modificato dalla legge n. 190/2014. Esso dispone che ogni circostanza eccezionale ovvero ogni deroga concessa dall'Autorità di regolamentazione deve essere comunicata alla Commissione europea.

²⁴ Per tali operatori è necessaria una licenza individuale rilasciata dal Ministero dello Sviluppo Economico e la loro posizione si differenzia dal fornitore del servizio universale, in quanto non sono soggetti all'obbligo di fornitura su tutto il territorio nazionale in via continuativa, ma solo agli obblighi specifici individuati dal provvedimento abilitativo: sul tema cfr. G. AVANZINI, *La*

Nella specificazione concreta e ulteriore del servizio postale universale, un ruolo fondamentale è svolto dall'Autorità di regolazione. Ad essa compete, infatti, la determinazione delle caratteristiche di qualità del servizio universale, relativamente ai tempi di recapito, alle caratteristiche tecniche di fornitura e al prezzo al pubblico, ma anche dei criteri funzionali all'individuazione dei "punti del territorio nazionale" necessari a garantire un'omogenea e regolare fornitura del servizio, nel rispetto delle regole individuate dallo stesso legislatore. Così come spetta alla stessa AGCOM autorizzare eventuali deroghe agli obblighi di servizio universale.

Nell'esercizio di tali attribuzioni l'Autorità ha adottato una serie di delibere che hanno avuto l'effetto di incidere significativamente sulla posizione degli utenti. Il riferimento, per quel che qui rileva, è in particolare alla delibera 342/14/CONS, sui punti di accesso alla rete postale, che ha modificato i criteri di distribuzione degli uffici di Poste Italiane.

Nell'attuazione del diritto europeo, tuttavia, proprio la definizione del contenuto degli obblighi di servizio universale e, in particolare, l'individuazione dei criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete, rappresenta un punto critico²⁵, del quale anche le pronunce in commento forniscono una testimonianza.

In particolare, la c.d. "terza Direttiva postale" ha apportato modificazioni radicali all'assetto del settore postale, volte a perseguire l'obiettivo primario di garantire, attraverso la sempre maggiore apertura alla concorrenza, la realizzazione di un mercato unico, ma ha tenuto fermo il servizio universale e le prestazioni minime che esso deve fornire, in modo continuativo e capillare, alla collettività, al fine del perseguimento della funzione di coesione sociale e territoriale del servizio, anche in virtù del fatto che il settore postale rappresenta uno strumento essenziale di comunicazione e di scambi²⁶. Per queste ragioni, le prestazioni del servizio universale devono essere assicurate «anche nelle zone remote e scarsamente popolate»²⁷.

Tuttavia, la legislazione recente e le deliberazioni dell'Autorità di regolazione che hanno provveduto ad attuarla hanno introdotto alcune regole che, nell'intento di contenere i costi del servizio, rischiano di comprometterne seriamente l'universalità, sia quanto alle prestazioni postali, sia quanto alla diffusione della rete postale.

4. I criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete e la "razionalizzazione" della rete degli uffici postali

La diffusione territoriale dei punti di accesso alla rete postale costituisce, come si è detto, un elemento essenziale del servizio universale. Anzi, in proposito c'è chi sostiene che proprio in essa si concretizzi il requisito indispen-

sostenibilità del servizio postale universale tra esigenze di equilibrio economico e garanzie indispensabili degli utenti, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2017, 1, p. 140.

²⁵ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 147 ss.

²⁶ Cfr. il *considerando* 2 direttiva 97/67/CE. Sotto questo profilo viene anche sottolineato nella Direttiva come «le disparità constatate nel settore postale comportano importanti implicazioni per quei settori di attività che dipendono in modo specifico dai servizi postali e impediscono di fatto la coesione interna della Comunità, poiché le regioni che non possono usufruire di servizi postali di qualità soddisfacente si trovano svantaggiate» (*considerando* 7 direttiva 97/67/CE).

²⁷ Cfr. *considerando* 21 direttiva 2008/6/CE.

sabile del servizio universale postale, individuato nella possibilità di fruizione del servizio da parte di tutti i cittadini; secondo tale ricostruzione, infatti, la qualità minima delle prestazioni e la loro accessibilità economica – ulteriori elementi tradizionalmente caratterizzanti il servizio universale – rappresenterebbero parametri che non possono comunque prescindere da essa²⁸.

Il diritto europeo, tuttavia, non è chiamato a precisare quale sia la densità dei punti di accesso, affinché sia adeguata al bisogno. Tale decisione, come si è detto, è rimessa agli Stati membri.

Occorre dunque esaminare i provvedimenti e gli altri atti che concorrono, nell'ordinamento nazionale, a disciplinare questo aspetto del servizio postale.

In proposito, il primo testo a venire in rilievo è il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 7 ottobre 2008, che, in attuazione dell'art. 3, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 261/1999, ha definito i criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete postale pubblica. In particolare, il suo art. 2, comma 1, prevede che il criterio guida sia costituito «dalla distanza massima di accessibilità al servizio, espressa in chilometri percorsi dall'utente per recarsi al punto di accesso più vicino, per popolazione residente».

Tale criterio generale è stato quindi integrato dalla delibera dell'AGCOM n. 342/2014/CONS sui punti di accesso alla rete postale, che ha introdotto disposizioni più specifiche a tutela degli utenti che abitano nelle aree remote del Paese, quali le «isole minori» e le «zone rurali e montane», individuate come «situazioni particolari» per la natura del territorio e per la scarsa densità abitativa e meritevoli di specifica considerazione nell'ambito del servizio postale universale. Infatti, proprio al fine di garantire un livello di servizio adeguato in tali aree, la delibera introduce specifici divieti di chiusura degli uffici postali nei comuni rurali che rientrano anche nella categoria dei comuni montani e nelle isole minori laddove l'ufficio costituisca l'unico presidio postale.

La garanzia di una presenza capillare degli uffici postali, tuttavia, è temperata dalla necessità di assicurare un contenimento dei costi e una efficiente gestione del servizio.

Anche al fine di garantire un adeguato bilanciamento tra questi due interessi che tenga conto anche delle esigenze contingenti, l'adeguamento della rete postale nel tempo è poi oggetto del Contratto di programma²⁹, stipulato tra il Ministero dello Sviluppo Economico e Poste Italiane S.p.A.

È proprio sulla base di tale contratto che il fornitore del servizio universale ha dato avvio al processo di razionalizzazione della rete, chiudendo una serie di uffici, la cui gestione risultava non economica.

Sul punto, il Contratto di programma attualmente vigente prevede, tra gli impegni che Poste Italiane deve rispettare, l'obbligo di trasmettere annualmente all'AGCOM l'elenco degli uffici postali che non garantiscono condizioni di equilibrio economico, unitamente al piano di intervento per la progressiva razionalizzazione della loro gestione³⁰. Tale piano deve indicare i criteri seguiti nella pianificazione e quantificare i minori costi e la diminuzione degli oneri di

²⁸ Cfr. V. PAMPANIN, *“Il postino suona sempre due volte o non suona affatto”*: sul mutamento di modello normativo del servizio postale universale, cit., p. 95.

²⁹ Il Contratto di programma tra il Ministero dello sviluppo economico e Poste italiane S.p.A. disciplina le modalità di erogazione del servizio postale universale nonché gli obblighi della società affidataria, i servizi resi agli utenti, i trasferimenti statali, la disciplina concernente l'emissione delle carte valori e le disposizioni in materia di rapporti internazionali. L'ultimo Contratto di programma per il periodo 2020-2024 è stato siglato il 15 maggio 2020.

³⁰ Cfr. art. 2, comma 5 del Contratto di programma 2020-2024.

servizio universale resi possibili con la razionalizzazione, ovviamente nel rispetto dei criteri di distribuzione previsti dal d.m. 7 ottobre 2008. In relazione a tale piano, l'AGCOM svolge una semplice funzione di verifica della conformità dell'atto ai criteri di distribuzione dei punti di accesso e alle altre disposizioni normative vigenti, ma la sua efficacia non è subordinata ad alcuna autorizzazione preventiva da parte della stessa Autorità.

Sia la delibera AGCOM, sia il Contratto di programma, pur riconoscendo a Poste Italiane la possibilità di ridefinire l'articolazione base del servizio secondo parametri più economici, prevedono forme di collaborazione e di coinvolgimento degli enti locali interessati. In particolare, deve essere data preventiva informazione degli interventi di chiusura e di rimodulazione oraria agli enti locali e al Ministero, che può promuovere un confronto con gli organi rappresentativi degli enti territoriali stessi al fine di valutare «con le autorità locali una eventuale presenza più efficace rispetto all'evoluzione della domanda di servizi nelle singole aree territoriali, anche tenendo conto dei relativi oneri»³¹.

I provvedimenti oggetto delle decisioni in commento, con cui Poste ha disposto la chiusura di due uffici che non garantivano una gestione economica del servizio, si inseriscono nel programma di razionalizzazione di cui si è dato conto. Dalla riorganizzazione del servizio che ne è derivata è scaturito un ampio contenzioso, di cui le pronunce in esame costituiscono espressione.

4.1. I limiti al potere di riorganizzazione del servizio postale. Focus: la “accessibilità al servizio”: due pronunce a confronto (Cons. Stato, sez. I, 20 febbraio 2020, parere n. 474³² e Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2019, sentenza n. 2362)

Il Consiglio di Stato, nelle decisioni in commento, è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una serie di atti adottati da Poste Italiane, in qualità di fornitore del servizio universale, volti a disporre la chiusura di diversi uffici postali c.d. periferici o marginali, a causa della gestione non economica degli stessi. In particolare, gli interventi censurati rientravano in un piano di “efficientamento”, consentito dal Contratto di programma vigente, e qualificato da Poste come necessario per far fronte al comprovato disequilibrio economico conseguente alla erogazione del servizio postale universale.

L'impugnazione è stata proposta in entrambi i casi dalle Amministrazioni comunali colpite dalle misure, a tutela della propria comunità e, in particolare, dell'interesse a mantenere la presenza di uffici postali nel proprio territorio accanto ad un adeguato livello dei servizi da essi erogati.

Il giudizio sulla legittimità dei provvedimenti impugnati demandato al Giudice amministrativo si traduce, in sostanza, in un giudizio sull'idoneità del bilanciamento tra tutela delle regole di mercato da un lato e garanzia della coesione sociale dall'altro su cui si fondano – o quantomeno dovrebbero fondarsi – le misure censurate.

In proposito, tuttavia, come si è avuto modo di anticipare, le pronunce in commento giungono a conclusioni almeno in parte differenti.

Per tale ragione, si ritiene opportuno analizzare prima il parere n. 474/2020,

³¹ Cfr. art. 2, comma 7 del Contratto di programma 2020-2024.

³² Parere definitivo rilasciato nell'ambito del procedimento relativo al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica di cui al numero affare 01530/2017.

poi la sentenza n. 2362/2019, al fine di rilevare i punti da un lato di contatto e dall'altro di divergenza rinvenibili nelle due decisioni.

Con riferimento al parere n. 474/2020, al fine di pervenire alla decisione della controversia, il Giudice muove da un'attenta ricostruzione dei principi rilevanti che la giurisprudenza amministrativa ha enunciato nel tempo in materia di chiusura di uffici postali³³. Tali principi, in particolare, concorrono a elaborare un preciso significato del servizio postale universale e degli obblighi ad esso sottesi e, conseguentemente, si traducono in una serie di limiti alle scelte di politica industriale della Società Poste Italiane S.p.A.

In proposito, viene ribadita anzitutto la necessità che le scelte di razionalizzazione, soprattutto laddove abbiano come esito la decisione di chiusura di un ufficio postale, siano sorrette da una congrua motivazione e da una altrettanto completa e approfondita istruttoria, nella quale sia garantita la piena partecipazione degli enti locali interessati, al fine di consentire di verificare se la modifica del sistema di distribuzione degli uffici mantenga o meno inalterata la prestazione del servizio universale, di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 261/1999, quale attività di preminente interesse generale³⁴.

Nel declinare tale assunto, il Consiglio di Stato non solo ha precisato che devono essere individuate e specificate puntualmente le ragioni che giustificano la soppressione, ma che la sola esigenza di assicurare l'equilibrio finanziario del gestore non costituisce di per sé una ragione sufficiente a legittimare la misura. Deve, dunque, essere dichiarata «l'illegittimità di decisioni relative a chiusure di uffici basate sulla sola esigenza di assicurare l'equilibrio economico»³⁵.

E, infatti, una decisione di chiusura basata sulla sola ragione economica «ridurrebbe gli elementi da prendere in considerazione al solo utile economico, il quale diviene, in una tale ipotetica prospettiva, un criterio che va ad oscurare la rilevanza di una delle ragioni stesse del servizio pubblico, vale a dire l'esigenza, che dev'essere garantita in quanto tale, di assicurare a chiunque la ragionevole opportunità di poter fruire delle prestazioni del servizio medesimo.»³⁶. Ma, soprattutto, il Giudice si spinge ad affermare che «ove il servizio postale non dovesse tenere in adeguato conto di siffatte ragioni e della loro preminenza, quand'anche – in ipotesi – in concreto antieconomiche, cesserebbe per ciò solo di essere un vero e proprio servizio pubblico, e regredirebbe ad essere mera attività di impresa orientata al solo profitto, in condizioni, a quel punto non giustificabili, di monopolio od oligopolio»³⁷.

Naturalmente, l'obbligo che deriva da questa impostazione in capo al gestore del servizio universale è sottoposto ad un limite di proporzionalità: il sacrificio dell'economicità va rapportato e bilanciato con la non irragionevolezza del sacrificio che, in una situazione potenzialmente critica, può essere corrispondentemente domandato al fruitore medio del servizio³⁸.

³³ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. I, 20 gennaio 2020, parere n. 156.

³⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. I, 20 gennaio 2020, parere n. 156; TAR Campania – sez. staccata di Salerno, sez. I, 5 marzo 2013, n. 539.

³⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. I, 20 febbraio 2020, parere n. 474; negli stessi termini, cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2014 nn. 2976, 2974 e 2972; Id., 27 maggio 2014, n. 2720.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. I, 20 febbraio 2020, parere n. 474; negli stessi termini, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. I, 20 gennaio 2020, parere n. 156.

³⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. I, 20 febbraio 2020, parere n. 474; negli stessi termini, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. I, 20 gennaio 2020, parere n. 156; Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2017, n. 2140; Id., 23 novembre 2016, n. 4926; Id., 28 gennaio 2016, n. 287.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. I, 20 febbraio 2020, parere n. 474. Negli stessi termini, cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2140/2017 cit.

Non solo, quindi, il criterio della economicità del servizio non può essere assunto quale dato assoluto, ma anche il profilo della «distanza massima di accessibilità al servizio»³⁹ deve essere valutato con estrema attenzione, rifuggendo da qualunque automatismo.

In proposito, occorre anzitutto premettere che il criterio della distanza di cui all'art. 2, comma 1, del d.m. 7 ottobre 2008, per giurisprudenza ormai consolidata, deve necessariamente essere considerato nel contesto di cui al d.lgs. n. 261/1999, sicché «non è la mera misurazione chilometrica a dover essere presa in considerazione, ma anche la concreta idoneità dell'ufficio postale che rimane esistente ad assicurare un livello di servizio che presenti, anche per il territorio che viene sguarnito di un proprio ufficio, i connotati dell'universalità, vale a dire dell'accessibilità a chiunque, a condizione economiche eque e ragionevoli del servizio»⁴⁰.

Universalità, dunque, intesa come accessibilità del servizio: in ciò consiste uno degli elementi essenziali – se non, come si è già avuto modo di rilevare, l'elemento essenziale – che concorrono a definire il contenuto degli obblighi di servizio universale.

In proposito, il parere n. 474/2020, al fine di individuare il significato da attribuire all'espressione «accessibilità al servizio», aderendo all'orientamento che pare possa ritenersi ormai consolidato sul punto⁴¹, afferma che per calcolare le distanze prescritte dal decreto, sia necessario far riferimento alla «effettiva e normale percorribilità delle strade di accesso agli uffici postali», essendo l'effettività della percorrenza un ragionevole parametro di riferimento da ritenere insito nelle previsioni relative alla misurazione delle distanze previste dal d.m. 7 ottobre 2008.

L'espressione «accessibilità al servizio» con riferimento alla distanza che intercorre tra ufficio postale e popolazione residente deve essere, dunque, declinata in termini di reale fruibilità da parte dei cittadini, con la conseguenza che «le strade di accesso sono quelle percorribili in condizioni di sicurezza materiale e servite da mezzi pubblici, in maniera che l'accesso non sia condizionato dalla disponibilità di mezzi privati»⁴².

Dalla verifica del rispetto del requisito dell'accessibilità così inteso e di tutti gli altri principi sopra menzionati dipende il giudizio di legittimità della misura di razionalizzazione adottata. In particolare, solo a fronte di un esito positivo di tale verifica, il provvedimento di riorganizzazione adottato può considerarsi legittimo, in quanto espressione del giusto bilanciamento tra i valori del mercato da un lato e i diritti fondamentali degli individui dall'altro. Ciò che, a giudizio del Giudice, non si è verificato nel caso di specie. Ne è derivata la dichiarazione di illegittimità della misura adottata.

Venendo ora all'esame della seconda delle due pronunce in commento⁴³, se con riferimento alla definizione dei principi generali che devono regolare la materia non mostra significative differenze rispetto alla prima decisione esaminata, con riferimento al criterio della «accessibilità al servizio» da ultimo ri-

³⁹ Di cui all'art. 2 d.m. 7 ottobre 2008.

⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. I, 20 febbraio 2020, parere n. 474. Negli stessi termini, cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 287/2016 cit.

⁴¹ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, n. 2140/2017 cit.; Id., n. 1262/2015 cit. e 635/2015 cit.

⁴² Cfr. Cons. Stato, sez. I, 20 febbraio 2020, parere n. 474; negli stessi termini, cfr., *ex multis*, Id., 20 gennaio 2020, parere n. 156.

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2019, n. 2362.

chiamato non sembra pienamente sovrapponibile a quest'ultima. E proprio dalla diversa interpretazione fornita nelle due decisioni a tale criterio potrebbe derivare una diversa individuazione del concetto stesso di servizio universale, destinata necessariamente ad influire sul giudizio di legittimità della misura di razionalizzazione adottata.

In particolare, il Collegio, pur dando atto dell'esistenza di «precedenti sentenze della Sezione» – espressione dell'orientamento consolidato di cui si è detto – secondo cui l'espressione «accessibilità al servizio [...] non può prescindere dall'effettiva e normale percorribilità delle strade di accesso agli uffici postali in termini di reale e conveniente fruibilità da parte dei cittadini», ritiene tuttavia che «tale affermazione non vada intesa nella sua assolutezza». In particolare, occorre considerare il contesto in cui è stata fatta: «un caso concreto relativo ad una frazione in cui la strada da considerare era effettivamente assai disagiata da percorrere, a prescindere dalla distanza, per le condizioni in cui si trovava».

Nel caso di specie, dunque, l'effettiva percorribilità della rete stradale è risultata difficoltosa, a prescindere dalla distanza percorsa: ciò che la differenzia, seppur marginalmente, dalla fattispecie oggetto della prima pronuncia analizzata e che potrebbe giustificare la diversa ricostruzione, di cui si dirà in seguito, del criterio della accessibilità fornito dal Giudice.

In proposito, il Collegio, ammettendo che l'impugnazione proposta possa qualificarsi come ricorso per efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi ai sensi del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, ritiene che, ai fini della corretta individuazione del significato da attribuire all'espressione «accessibilità al servizio», si debba tenere conto non tanto, o non solo, della effettiva e normale percorribilità delle strade, quanto piuttosto del principio che si ricava dall'art. 1, comma 1-bis del citato d.lgs. 198/2009, per cui il giudizio di funzionalità dei servizi pubblici va svolto tenuto conto «delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione» di chi il servizio gestisce.

Conseguentemente, il Giudice, riconoscendo nella disposizione poc'anzi citata un'espressione del più generale principio *ad impossibilia nemo tenetur*, ritiene non pienamente condivisibile, in termini assoluti, l'interpretazione consolidata di «accessibilità al servizio» di cui si è dato conto. Tale interpretazione, in particolare, necessiterebbe di un correttivo, che consenta di tenere in adeguata considerazione le ragioni per cui non possa essere effettivamente garantita l'accessibilità – intesa appunto come reale fruibilità della rete stradale da parte dei cittadini – del servizio. Ciò poiché «non appare ragionevole definire il livello di copertura della rete di uffici postali in funzione delle carenze del trasporto pubblico locale o di situazioni di emarginazione o disagio sociale»⁴⁴.

Per tale ragione, il Collegio, svolta l'indagine sul parametro dell'accessibilità secondo le modalità poc'anzi delineate – ossia, non in termini assoluti, ma in relazione allo specifico caso concreto – e verificato il rispetto di tutti i principi sopra richiamati (congruità della motivazione, completezza dell'istruttoria, necessità di un'interlocuzione con le Amministrazioni locali nel corso del procedimento, necessario bilanciamento tra tutela dell'interesse economico e garanzia dell'universalità del servizio), ha ritenuto in questo caso legittimo il provvedimento di chiusura dell'ufficio postale impugnato.

Tale decisione, come si è detto, origina da una fattispecie parzialmente di-

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2019, n. 2362.

versa da quella oggetto della prima pronuncia analizzata, poiché in questo caso l'effettiva percorribilità delle strade è risultata comunque difficoltosa, a prescindere dalla distanza percorsa.

In proposito, tuttavia, si ritiene che, rilevata la specificità del caso concreto, il Giudice sembra introdurre riflessioni più generali, relative al significato da attribuire al criterio della "accessibilità al servizio", giungendo a conclusioni destinate a trovare applicazione non limitatamente al caso di specie, ma in una prospettiva ben più ampia e dalle quali sembra derivare una – seppur lieve – variazione nella tradizionale interpretazione del parametro in esame.

Nella ricostruzione proposta, in particolare, la rispondenza al criterio della "accessibilità al servizio", da intendersi sempre come effettiva percorribilità delle strade, non va valutata – come avveniva in passato – «nella sua assolutezza», ma attraverso un'indagine relativa, che imponga una più attenta considerazione della fattispecie di volta in volta oggetto di analisi. E ciò in termini generali, al di là della specificità – che pure si rileva – del caso concreto.

Per tale ragione, l'impossibilità di garantire il rispetto del parametro della "accessibilità al servizio" in termini di «effettiva percorribilità delle strade», nei casi in cui tale criterio sia violato a prescindere dalla decisione di razionalizzazione di Poste, non può ostare a una valutazione di legittimità del provvedimento di chiusura adottato, se è garantito il rispetto di tutti gli altri principi di cui si è dato conto.

Ne deriva una definizione meno rigida del contenuto degli obblighi di servizio universale, strettamente dipendente dalle specificità dei casi di volta in volta considerati.

5. Considerazioni conclusive

Le pronunce esaminate, attraverso l'individuazione dei limiti al potere di riorganizzazione riconosciuto a Poste Italiane, contribuiscono a delineare un nucleo rigido di prestazioni e di modalità di erogazione del servizio universale.

Tale operazione, peraltro, consente di riflettere sul rapporto tra regole di mercato e disciplina del servizio pubblico che si è via via delineato all'interno del settore postale.

Al riguardo, è indubbio che tanto il diritto europeo quanto quello italiano prevedano in linea di principio che l'apertura dei mercati avvenga con modalità rispettose delle esigenze pubblicistiche sottese alla qualificazione del servizio postale come servizio di interesse economico generale e della garanzia dei diritti sociali ad esso connessi.

Tuttavia, il contenzioso generato dai numerosi ricorsi delle Amministrazioni comunali (ai Tribunali amministrativi regionali e al Presidente della Repubblica) contro le misure di razionalizzazione della rete adottate da Poste Italiane hanno evidenziato le criticità dei criteri individuati sia dal decreto ministeriale del 2008 sia dalla delibera dell'Autorità n. 342/14/CONS, la cui applicazione concreta si è spesso mostrata in contrasto con l'enunciazione dei principi in materia di servizio universale contenuti nella disciplina europea.

Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza sul punto, pertanto, sono volte a orientare le scelte degli operatori del settore postale, al fine di renderle compatibili con le indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione e recepite poi nel diritto interno.

Tale intervento, peraltro, non si limita a rappresentare un giudizio sulla legittimità delle scelte di razionalizzazione operate da Poste Italiane S.p.A., alla luce dei principi di diritto nazionale ed europeo vigenti in materia, ma si traduce piuttosto in una valutazione più generale, volta a definire, con riferimento al settore postale, una serie di criteri che consentano di operare un adeguato bilanciamento tra i valori del mercato da un lato e l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale dall'altro.

Al riguardo, dalla lettura delle pronunce richiamate sembrano in definitiva emergere due diversi indirizzi interpretativi.

E, infatti, se con riferimento al parere n. 474/2020 – espressione, come si è detto, di un orientamento ormai consolidato – si può affermare che il Giudice sembra particolarmente attento ai valori di carattere sociale che devono comunque informare l'agire degli operatori nel mercato postale, lo stesso rigore sembra essere meno “scontato” nella seconda pronuncia analizzata⁴⁵.

In quest'ultima, in particolare, il Giudice sembra imporre una verifica del rispetto dei limiti al potere di riorganizzazione del servizio postale non in termini assoluti, ma che passi attraverso l'attenta valutazione del caso concreto oggetto di analisi.

Pertanto, aderendo al secondo degli orientamenti richiamati, la valutazione relativa alla legittimità del provvedimento di riorganizzazione adottato avrà esito negativo in una serie potenzialmente più circoscritta di ipotesi. Invero, la decisione di Poste sarà oggetto di censura solo nei casi in cui l'impossibilità di garantire il rispetto dei criteri individuati – e, in particolare, di quello della “accessibilità al servizio” – sia esclusivamente riconducibile all'intervento di razionalizzazione adottato. In caso contrario, qualora tali criteri non possano comunque essere garantiti, per ragioni oggettive ed esterne alle esigenze di gestione di Poste, il principio dell'equilibrio economico del fornitore del servizio sarà destinato a prevalere rispetto alla – già compromessa – coesione sociale, con conseguente legittimità del provvedimento adottato.

Tale decisione, peraltro, sembra poter essere ricondotta alla configurazione che, secondo parte della dottrina⁴⁶, il diritto europeo⁴⁷ attribuisce al rapporto tra regime del servizio pubblico e regole di mercato: la configurazione cioè secondo cui il primo rappresenterebbe soltanto una deroga alle seconde, che dovrebbero invece costituire il regime ordinario e naturale di qualunque attività economica⁴⁸.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2019, sent. n. 2362.

⁴⁶ In questo senso, cfr. M. ROSS, *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *European Law Review*, 2000, p. 28; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, p. 19; J.L. BUENDIA SIERA, *Exclusive rights and State monopolies under EC law*, Oxford, 2000, p. 334; L. HANCER, *Community, State and Market*, in P. CRAIG-G. DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pp. 730-731. Tesi diverse sulla portata giuridica dell'art. 14 TFUE nel rapporto con l'art. 106 TFUE si rinvencono in L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 275; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale – Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 726; 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; 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.

⁴⁷ Cfr. artt. 14 e 106 TFUE.

⁴⁸ Cfr. V. PAMPANIN, *“Il postino suona sempre due volte o non suona affatto”: sul mutamento di modello normativo del servizio postale universale*, cit., 123.

Un simile sviluppo nell'ambito del settore postale può apparire però preoccupante, considerata la natura stessa dei servizi di interesse economico generale: veri e propri «diritti sociali in quanto contribuiscono in misura considerevole alla coesione socio-economica» della collettività⁴⁹.

Alla luce di tali considerazioni, la riflessione giuridica che ne deriva – sulla questione della reale natura del servizio pubblico, nella specie postale, e dei suoi rapporti con la disciplina del mercato –, già da molto tempo oggetto di approfonditi studi in dottrina⁵⁰, appare particolarmente significativa. E sembra suggerire che, al fine di garantire un giusto equilibrio tra regole di mercato e garanzia della coesione sociale nella regolazione del servizio postale, è forse necessario operare un cambio di prospettiva, arrivando a chiedersi «non quanti obblighi di servizio universale possano essere giustificati in un mercato concorrenziale» – come alcune letture del rapporto tra art. 106 e art. 14 TFUE sembrerebbero suggerire⁵¹ – «ma, al contrario, quanto mercato possa convivere con un servizio pubblico perché questo continui davvero ad essere definibile come tale»⁵²: ciò che ragionevolmente l'orientamento – maggioritario – cui può essere ricondotta la prima delle due pronunce analizzate⁵³ sembra voler suggerire.

Ad avviso di chi scrive, infatti, tale approccio se da un lato non pregiudica l'autonomia imprenditoriale di Poste, dall'altro consente al contempo di assicurare che, a garanzia del servizio universale nella sua matrice comunitaria, tali scelte siano frutto di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento tra il dato economico e le esigenze degli utenti, a tutela della coesione sociale e territoriale⁵⁴.

⁴⁹ G. FONDERICO, *Concorrenza e fini sociali nei servizi di pubblica utilità*, cit., 95.

⁵⁰ Solo per citarne alcuni: cfr., tra gli altri, G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., p. 198; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 345 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in *Diz. Dir. pubbl.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5520; N. BASSI, *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2014: tali contributi, in particolare, possono considerarsi espressione di un orientamento che, nell'analisi sul rapporto tra concorrenza e interessi sociali nella regolazione del servizio pubblico, assegna una prevalenza alla prima rispetto ai secondi. Sono invece riconducibili a un orientamento differente sul tema, tra gli altri, L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti-G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1825; M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 40, secondo cui il servizio pubblico è del tutto incompatibile con la liberalizzazione del mercato, rappresentando un regime dell'attività economica alternativo rispetto a quello della libertà di iniziativa e, per tale ragione, in traducibile in una sua forma di regolazione.

⁵¹ Cfr. nota 46.

⁵² Cfr. V. PAMPANIN, *“Il postino suona sempre due volte o non suona affatto”: sul mutamento di modello normativo del servizio postale universale*, cit., p. 125.

⁵³ Cons. Stato, parere n. 474/2020 cit.

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2014, n. 2976.



RECENSIONI

Frank Pasquale, *New Laws of Robotics. Defending Human Expertise in the Age of AI*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts & London, England, 2020, p. 313

1. L'inarrestabile evoluzione della Intelligenza Artificiale (IA) e della robotica ha definitivamente sottratto alla fantascienza le tre leggi che Isaac Asimov nel 1942 immaginava di imporre ai robot¹ e che rendevano radicalmente incompatibile con i propri comportamenti ogni danno al loro creatore e in generale agli esseri umani. Le tre leggi della robotica divenute poi quattro nel 1985² hanno rappresentato non solo un geniale espediente narrativo ma anche una sorta di iniziale regolazione dell'IA.

Come Frank Pasquale³ riconosce nella Introduzione al suo ultimo libro "*New Laws of Robotics. Defending Human Expertise in the Age of AI*", le tre leggi hanno esercitato nel tempo una considerevole influenza. Numerosi sono stati i tentativi di discutere la loro validità e la loro possibile applicazione. Sono infatti evidenti le difficoltà, come nel caso della prima legge, laddove si cerchi di applicarla, ad esempio, ai veicoli a guida autonoma: questi promettono di ridurre ogni anno di molte migliaia gli incidenti ma, d'altra parte, possono causare l'espulsione dal mondo del lavoro di migliaia e migliaia di autisti salariati. Allora la domanda è se questo autorizzi i governi a bandire o rallentare l'adozione delle auto a guida autonoma. Le leggi di Asimov non aiutano a dare una risposta ad interrogativi di questo tipo.

Se la tecnologia si sta evolvendo verso una progressiva automazione delle attività, dall'assunzione dei lavoratori alla valutazione del merito creditizio al governo e alla gestione delle società, questa trasformazione muta l'equilibrio preesistente tra macchine e umani anche nell'organizzazione della vita quotidiana. In effetti sembra oggi possibile ritrovare un equilibrio tra questi due poli ed evitare che l'IA metta in pericolo le nostre vite e il nostro lavoro poiché siamo ormai in possesso dei mezzi che permettono di imbrigliare le tecnologie dell'automazione piuttosto che esserne catturati o trasformati.

Una tale idea che può sembrare a molti una affermazione di mero buon senso così da non richiedere, come afferma lo stesso A., un intero libro per difenderla racchiude invece alcune inaspettate implicazioni di non facile solu-

¹ 1. Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, un essere umano riceva danno.

² 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non contravvengano alla Prima Legge.

³ 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché questa autodifesa non contrasti con la Prima e con la Seconda Legge.

² Dopo aver enunciato le tre leggi in *Runaround* (Astounding Science Fiction, 1942) Asimov introdusse un meta-principio come "legge zero" e cioè che i robot non debbono produrre danni per l'umanità (*Robots and Empire*, 1985).

³ F. Pasquale insegna diritto alla Brooklyn Law School, ed è Affiliate Fellow della Information Society Project della Università di Yale e membro dell'American Law Institute.

zione. Nel mondo del lavoro, ad esempio, la narrazione prevalente⁴ è quella di un futuro di disoccupazione di massa poiché la macchina, se apprende ciò che l'umano fa, potrà senza dubbio sostituirlo. Obiettivo che almeno una parte dell'industria della robotica vuole promuovere e perseguire.

Tuttavia una diversa narrazione è possibile ed è quella raccontata in questo libro. L'IA e i sistemi robotici “can make labor more valuable, not less”: tutti, lavoratori e professionisti, medici e infermieri, insegnanti e giornalisti, possono collaborare con gli esperti di robotica e gli scienziati invece che rappresentare soltanto docili fonti di dati da utilizzare per la loro sostituzione.

2. Così, in considerazione delle profonde ambiguità che connotano robotica e IA nel nostro mondo, l'A. introduce quattro nuove leggi che sono però indirizzate non ai robot stessi ma a chi li costruisce in quanto responsabili dei sistemi algoritmici necessari per la loro esistenza.

Queste leggi fanno da scheletro alla ricerca dell'A. e ne condensano lo spirito:

(1) *Robotic systems and AI should complement professionals, not replace them*: le macchine dovrebbero sostituire i lavori pericolosi o degradanti assicurando ai lavoratori una adeguata transizione verso altri ruoli, mentre l'automazione dovrebbe essere esclusivamente complementare in caso di attività gratificanti per gli operatori;

(2) *Robotic systems and AI should not counterfeit humanity*: la visione di robot umanoidi ha da sempre esercitato un grande fascino e il progetto di contraffare le caratteristiche umane rendendo difficile distinguere tra umani e macchine è ormai portato avanti da diversi scienziati. Ricordiamo come sperimentazioni iniziali gli assistenti digitali che hanno stupito il pubblico mimando il tono di segretari che fissano un appuntamento o replicando le interiezioni che punteggiano una tipica conversazione telefonica;

(3) *Robotic systems and AI should not intensify zero-sum arms race*: l'etica nel diritto internazionale è al centro del dibattito sui “robot killer” e una coalizione globale di organizzazioni della società civile sta esercitando una forte pressione sulle nazioni per evitare lo sviluppo di sistemi automatici di armi letali (LAWS ovvero *lethal autonomous weapons systems*). In ogni caso, dopo gli eserciti, pionieri nell'uso di queste tecnologie, anche forze di polizia e giudici tendono, ad esempio, a fare ricorso al riconoscimento facciale nella ricerca dei criminali così come sistemi automatici di *scoring* possono tipizzare categorie di cittadini limitandone possibilità e scelte come nel caso del programma denominato *Social Credit System* ampiamente diffuso in Cina;

(4) *Robotic systems and AI must always indicate the identity of their creator(s), controller(s), and owner(s)*: la costante innovazione nei campi della IA, dell'apprendimento automatico e della robotica enfatizza l'elemento dell'autonomia; e sia gli smart contract, o gli algoritmi di trading ad alta frequenza oppure i robot del futuro appaiono come sistemi “al di fuori di ogni controllo” che possono così sfuggire alla responsabilità di programmatori e sviluppatori. Perciò si chiede ai regolatori di imporre anche forme di “responsabilità-by-design” (accan-

⁴ È questo un tema trattato altrove da F. PASQUALE (*Two Narratives of Platforms Capitalism*, 34 *Yale Law & Policy Review*, 2017) che ricostruisce il ruolo della narrazione nel pensiero economico prevalente, il modo in cui può far passare per veri alcuni fatti a forza di raccontarli e infine la possibilità di far emergere una ‘contro-narrazione’ che bilanci il “solare ottimismo” dei neo-liberisti.

to ai modelli già esistenti di security-by-design e privacy-by-design) in particolare per disincentivare alcune opzioni di programmazione e favorirne altre.

In sintesi ognuna di queste nuove leggi risponde all'idea chiave del volume, cioè la fondamentale distinzione tra tecnologia che sostituisce le persone e tecnologia che le aiuta a migliorare il proprio lavoro e le condizioni di vita. Quindi l'A., diversamente da quanto proclamato dai partigiani del laissez-faire per i quali non c'è mai un momento adatto per regolare di fronte all'incalzare dell'innovazione, afferma con forza che è ormai tempo che la tecnologia sia imbrigliata grazie al diritto e disegnata secondo principi etici.

3. Il libro è composto da sette capitoli (oltre quello dell'introduzione): il secondo ha ad oggetto il settore medico dove l'A. rileva che IA e robotica possono accrescere significativamente le capacità diagnostiche e di cura grazie alla precisione e selettività che sono richieste da determinati interventi, in particolare nella chirurgia. Questo tuttavia non deve condurre a sostituire il personale medico in quanto nessun sistema di IA può essere capace di scelte laddove necessarie. Ma neppure quello infermieristico con il quale sistemi robotici e di IA possono solo cooperare in particolare supportandolo, come molti esempi dimostrano (in particolare il robot Robear), nell'esecuzione di attività di routine e standardizzate. La domanda che l'A. pone, per lo più pensando al futuro ma forse non troppo lontano, è se sia possibile incorporare un numero crescente di funzioni anche di diversa natura in un robot come Robear. In effetti alcuni sviluppatori di IA stanno cercando di creare sistemi sempre più complessi che vogliono andare oltre l'esecuzione di attività manuali introducendo l'assunzione di ruoli di cura che necessitano di offrire o semplicemente mostrare emozioni ed empatia.

Il terzo sviluppa un tema altrettanto cruciale per la vita sociale, cioè quello della crescente presenza della tecnologia nel settore dell'educazione ("ed-tech") ad ogni livello. Innegabile che questo abbia avuto effetti positivi facilitando l'accesso e la frequenza, ad esempio, ai corsi universitari a studenti di fatto esclusi in condizioni diverse e talvolta il loro tutoraggio o una offerta educativa privata per studenti che vivono in aree spopolate o disabili. Comunque il punto chiave resta quello della natura dell'insegnamento che non è solo questione di trasferimento di informazioni e conoscenze ma anche di relazioni tra persone.

Il quarto capitolo tratta della crescente introduzione di meccanismi e strumenti automatici nelle reti e piattaforme di comunicazione sociale ed esplora alcuni aspetti problematici. L'A. ricorda, come l'IA sia "cieca" riguardo il contenuto della comunicazione, perciò facile obiettivo per estremisti, truffatori o criminali, e come la *black box*⁵ dei sistemi di IA non consenta di conoscere i meccanismi di funzionamento dei nuovi media e così di distinguere la natura umana o digitale (i cd "bots", più famosi i 'chatbot') di chi si nasconde dietro un account. Più in generale qui affronta il tema della sopravvivenza della democrazia messa alla prova di fronte alle nuove forme di autoritarismo che si manifestano in una "sfera pubblica" (intesa nell'accezione di Habermas) sottratta alla comunicazione dialogica e sempre più assoggettata a sistemi automatici di informazione e comunicazione interpersonale.

⁵ Su questa nozione in particolare F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015.

Il quinto capitolo è centrato sui diversi meccanismi per cui gli umani possono essere giudicati da macchine riproponendosi così la questione della sostituzione delle persone con sistemi di IA e di robotica. Il ventaglio di situazioni prese in considerazione è ampio: dal settore della giustizia (determinazione e modi di implementazione delle pene) a quello delle indagini di polizia che si basano sempre più su sistemi di sorveglianza onnipresenti, su tecnologie biometriche e di riconoscimento facciale, su algoritmi predittivi delle attività criminali e quindi su investigazioni condotte solo per motivazioni statistiche o probabilistiche; dai sistemi di *credit scoring* algoritmico che non consentono al consumatore di conoscere le informazioni a base della valutazione che lo riguarda a forme più radicali dove lo *scoring* sociale (ricorre qui l'immagine della "*scored society*"⁶) è strumento di costruzione della reputazione e di perfetto controllo sociale come nel caso dei Social Credit Systems cinesi.

Il sesto è dedicato all'uso dei robot ed armamenti autonomi e in generale della robotica per la costruzione degli arsenali nei vari paesi e in caso di guerra. Di fronte al malfunzionamento e agli effetti collaterali di questi meccanismi la scelta più saggia sarebbe quella di bandirli. Tuttavia, ad esempio, in alcuni casi i vertici militari, tra cui quelli degli Stati Uniti, sembrerebbero preferire una qualche forma di regolazione per cui il robot o il drone automatico possano essere controllati o controllabili da una persona: la "decisione di uccidere" dovrebbe essere lasciata all'uomo. Se da un lato alcuni militari sono convinti sia necessario sviluppare un sistema robotico che può rispondere ad un attacco così rapidamente da obbligare la controparte a schierare una equivalente difesa robotica, dall'altro in alcune delle più importanti compagnie statunitensi (come nel caso di Google) un numero crescente di ingegneri che progettano questo tipo di software iniziano a rifiutarsi di costruire robot killer.

Il settimo si propone di ripensare "l'economia politica dell'automazione". Qui l'A. prende spunto dall'idea che l'economia dell'IA si definisce in un equilibrato scambio tra regolazione e innovazione: il diritto può e dovrebbe disegnare il tipo di IA che vogliamo (ad esempio il diritto può limitare o bandire i sistemi di riconoscimento facciale). In breve, l'obiettivo è quello di preservare determinati valori umani nel sistema sanitario o scolastico, nel giornalismo e nella vigilanza da parte delle forze di polizia, come in molti altri settori, sottraendoli al dominio delle grandi società oggi dominanti che utilizzano e commercializzano sistemi di IA.

Il capitolo finale ha un titolo evocativo come "Potere computazionale e saggezza umana". È dedicato dall'A. a ricercare nella letteratura, nell'arte e nel cinema immagini di una narrazione contraria a quella prevalente costruita sul discorso dell'efficienza economica. Si affievolisce l'immagine scintillante di una automazione sostitutiva dell'uomo e si delinea quella di un progresso tecnologico che "nobilita invece di erodere l'incarnazione umana". Al di là delle diverse opere che l'A. descrive e commenta, l'attenzione sua ma anche quella del lettore è catturata dal romanzo *Machines Like Me* pubblicato da Ian McEwans nel 2019. Nel tentativo di esprimere il senso delle complesse relazioni tra il robot Adam (costruito in modo indistinguibile dagli umani e venduto insieme ad altri prototipi in una Inghilterra immaginaria dei primi '80) e i due protagonisti, l'A. si serve della parafrasi di una famosa affermazione di Wittgenstein per delineare gli insuperabili limiti dell'IA. Come il significato di una parola è espresso

⁶ Per questo, D. KEATS CITRON-F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in 89 *Wash. L. Rev.*, 1, 2014.

dal suo uso nel linguaggio, l'impossibilità di estrarre il significato dei ruoli sociali, dei riti, delle istituzioni ed anche dello stesso discorso dai "giochi linguistici" e dalle "forme di vita" nei quali è incorporato fa emergere la completa estraneità del robot alla sfera umana.

4. Le brevi sintesi offerte per ogni capitolo non sono ovviamente in grado di dare conto della ricchezza nella elaborazione delle singole tematiche dove il discorso teorico è supportato ed esemplificato con una vasta gamma di casi ed esempi che consentono di rafforzare ed evidenziare aspetti essenziali della trattazione. Questa metodologia che è stata già ampiamente sperimentata da Frank Pasquale nel suo precedente libro, *The Black Box Society*, fa sì che la concretezza della vita sociale ed economica costituisca costantemente la fonte del suo discorso. In più, in questo volume è evidente la capacità di integrare saperi diversi ed in particolare di coniugare, come appare sempre più necessario, l'approccio giuridico con una approfondita conoscenza della tecnologia.

Come ho cercato di mostrare, il volume è complesso proprio per la molteplicità dei settori indagati e per la diversa funzione che i sistemi di IA svolgono in ognuno di essi. L'A. offre una trattazione ampiamente informata sulle diverse realtà e sui diversi approcci di analisi, lontana dalle convenzioni tradizionali sia economiche che giuridiche o politiche, e ricca di osservazioni acute e talvolta fortemente critiche nei confronti della narrazione dominante in prevalenza di stampo neo-liberista.

L'idea chiave che attraversa l'analisi nelle diverse aree, sintetizzata poi nelle quattro leggi, è quella della creazione di una sorta di 'partnership', una relazione complementare tra l'uomo e il robot che non solo si contrappone al progetto di sostituzione dell'uomo da parte del robot stesso ma anche alla prospettiva di una futura creazione di robot in grado di imitare e mimare le emozioni.

In questo contesto emerge un'altra idea cruciale sintetizzata nella sua seconda legge della robotica, cioè la possibile contraffazione dell'umanità e delle emozioni da parte di robot che falsifichino le capacità e i sentimenti umani. Non a caso proprio nel settore della medicina e dell'educazione più che in altri si manifesta la rilevanza del fattore umano. Nel primo caso questo è evidente se consideriamo in particolare la relazione medico – paziente; nel secondo, al di là del trasferimento di conoscenze, ciò che appare irrinunciabile è la formazione di un pensiero critico sempre più di vitale importanza di fronte ad una "sfera pubblica" colonizzata da sistemi di informazione automatizzati che consentono la diffusione di contenuti inaffidabili, manipolativi o dannosi.

Un aspetto che a mio avviso poteva meritare più attenzione in questa analisi riguarda il tema dei dati proprio in considerazione del fatto che questi contribuiscono ad alimentare, in quantità molto importanti, l'IA. Perciò è ormai opinione condivisa che sia opportuno riconoscere la fonte e la natura dei dati che alimentano il sistema così come le correlazioni ed inferenze che producono la decisione finale. Sappiamo che questo tema è stato un oggetto prioritario di trattazione nel suo precedente libro così come nel saggio sulla *scored society*, tuttavia sarebbe stato utile per il lettore poter riconnettere l'analisi dei modi in cui sistemi di decisione automatica come quelli costruiti sull'IA si sviluppino nei diversi settori con un approfondimento sulla qualità della 'materia' utilizzata per programmare e lasciar evolvere in forme automatiche gli algoritmi. Questi aspetti sembrano assumere sempre maggiore rilevanza considerando la crescita esponenziale dei dati (incrementata da IoT e dalle connessioni tra macchine – M2M) che va ad alimentare algoritmi e IA e di cui sarà

sempre più difficile distinguere l'origine e la qualità rendendo probabilmente obsoleta la classificazione di cui oggi disponiamo tra dati personali e non personali. Così alla luce di queste poche osservazioni poteva essere di un qualche interesse riprendere i temi del dibattito in corso su trasparenza ed *accountability* declinandoli anche alla luce di una immagine dell'IA e della robotica proiettata verso il futuro.

Tuttavia questo è un lavoro che pur riconoscendo, come abbiamo visto, la necessità di una regolazione che provveda ad incanalare e guidare le tecnologie dell'automazione, mirava prevalentemente a disegnare la qualità di una relazione tra uomo e macchina che può essere sviluppata anche grazie ai nuovi strumenti computazionali senza abbandonare alla IA e alla robotica ruoli e comportamenti profondamente e radicalmente umani.

di Laura Ammannati



RECENSIONI

R. Rajan, *The Third Pillar: How Markets and the State Leave the Community Behind*, Penguin Press, 2019, p. 464, trad. it. a cura di Matteo Vegetti, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata da Stato e mercati*, Egea, 2019, p. 531

1. “*The Third Pillar: How Markets and the State Leave the Community Behind*” è un volume che, pur muovendo da un’analisi di matrice economica, racchiude numerosi richiami filosofici, sociologici e antropologici, offrendo notevoli spunti di riflessione anche in materia di regolazione dei mercati.

In effetti, già il titolo invita a superare il classico dualismo “Stato” e “mercato” a favore di un terzo pilastro, quello della comunità. Quest’ultima infatti, “oltre a contribuire al nostro senso di identità, ci permette di intraprendere un ventaglio più ampio di transazioni di quante non potremmo svolgerne se ogni cosa dovesse essere stabilita per contratto o in base a leggi applicate con severità. Lo storico di tutto ciò che una persona fa per la comunità rimane visibile al suo interno, e non svanisce in un mercato anonimo”.

Come ben evidenziato dall’Autore, per l’uomo primitivo la tribù rappresentava tutti e tre i pilastri che reggono attualmente la società, e dunque Stato, mercati e comunità messi insieme. Con il passare del tempo, Stato e mercati non solo si sono separati dalla comunità, ma hanno progressivamente invaso le attività che erano precedentemente volte a consolidare le relazioni all’interno delle comunità locali, spezzando così anche i legami sociali e interpersonali tra i membri di una collettività.

Sulla base di tale presupposto, l’intuizione di Rajan è quella per cui molti dei problemi che caratterizzano il nostro tempo siano in realtà imputabili al progressivo indebolimento della comunità. I tre pilastri sono in uno stato di flusso costante, colpiti da *shock* economici e tecnologici, ed è proprio il venir meno del loro equilibrio che costituisce la causa più profonda della crisi che imperversa la nostra società.

La crisi globale che stiamo vivendo impone allora nuove narrazioni, invitandoci alla ricerca di un diverso punto di equilibrio tra dinamiche del mercato e interventismo pubblico. È in questo contesto che il terzo pilastro della comunità, finora adombrato da Stato e mercato, rivendica la propria centralità.

L’interrogativo fondamentale che guida l’opera concerne dunque l’individuazione delle modalità atte a ripristinare l’equilibrio tra i tre pilastri a fronte del cambiamento tecnologico e sociale in corso.

La tesi cui si perviene è piuttosto innovativa: si propone infatti di “riportare in salute le comunità disfunzionali, anziché reprimere i mercati”. Detto altrimenti, piuttosto di sostenere il classico argomento a favore della necessità di una maggiore regolazione e regolamentazione atta a contenere i mercati, si considera l’opportunità di utilizzare le nuove tecnologie per conferire maggiori poteri alla comunità, così favorendo un’innovativa forma di “localismo inclusivo”. In tal senso, secondo l’Autore, “il *localismo* – inteso come accentramento di più poteri, spese e attività nella comunità – sarà un modo in cui potremo far

fronte alle disorientanti tendenze centrifughe dei mercati globali e delle nuove tecnologie”.

2. Il libro è diviso in tre parti. La prima, composta da quattro capitoli, è dedicata alla ricostruzione storica della genesi dei tre pilastri dal “singolo pilastro originale, la comunità”. In particolare, l’Autore mira a dimostrare come lo Stato e i mercati, perlomeno nei Paesi avanzati, siano “cresciuti insieme dalle rovine dell’edificio del feudalesimo”. È infatti dalla comunità medievale che essi si sono sviluppati, espropriandone progressivamente le funzioni. Nella specie, se nel feudo europeo la comunità conteneva in sé anche gli altri due pilastri, con l’ascesa dello Stato-nazione lo Stato si è separato dalla comunità, acquistando maggiore importanza. A sua volta, la progressiva soggezione del potere statale a limiti costituzionali ha poi liberato i mercati, i quali, affrancati dal timore di possibili espropriazioni da parte dello Stato, hanno iniziato a prosperare con la prima rivoluzione industriale, spesso a discapito della comunità. Ne è conseguito un ulteriore potenziamento del ruolo dello Stato, che ha iniziato a svolgere nuove funzioni, prima tra tutte quella antitrust.

Nella seconda parte, intitolata “Disequilibrio”, si evidenzia la progressiva espansione dello Stato e dei mercati a spese della comunità, la cui valenza normativa delle relazioni umane appare oggi quasi del tutto dimenticata.

In particolare, durante la Grande Depressione i mercati “divennero sinonimi di abuso”, portando ad un ulteriore ampliamento dei poteri dello Stato, che continuò a espandersi durante la seconda guerra mondiale. Nel dopoguerra è emersa la contrapposizione tra il “fondamentalismo” di mercato e l’individualismo – tipici connotati dell’approccio angloamericano, che ha favorito la deregolamentazione e l’attribuzione di maggiore potere ai mercati a discapito dello Stato – rispetto alle riforme operate nell’Europa continentale, che hanno invece optato per un “Sovra-stato europeo e il mercato integrato”. Nello specifico, l’integrazione europea viene descritta come un “progetto *top-down* delle élite” che “ha vissuto una crisi di legittimità”: infatti, “mentre l’integrazione avanzava, pochi cittadini sapevano a cosa avessero aderito”.

Con la progressiva globalizzazione dei mercati, le organizzazioni internazionali che sono state create per provvedere alla loro regolazione, *in primis* l’Unione Europea, si sono appropriate di un potere che hanno sottratto agli Stati. Al contempo, all’interno dei singoli Paesi, lo Stato ha usurpato molte funzioni alla comunità per soddisfare gli obblighi sovranazionali e garantire che i finanziamenti pubblici venissero utilizzati in modo opportuno: tutto questo ha ulteriormente indebolito la comunità.

Pertanto, nessuna delle due soluzioni ha funzionato del tutto, perché entrambe hanno trascurato il terzo pilastro. Secondo l’Autore, la manifestazione più chiara di tale progressivo allontanamento è data dall’affermazione di un nuovo paradigma comportamentale per le imprese, vale a dire il principio della massimizzazione dello *shareholder value*, che ha convogliato le energie delle *corporations* verso l’incremento del valore destinato a un ristretto gruppo di investitori. Ciò ha spinto le grandi aziende a incrementare l’efficienza e ad allontanarsi dal vago obiettivo di “fare il bene della società”, in linea con l’etica individualistica ormai sempre più diffusa.

Un intero capitolo è poi dedicato alla rivoluzione dell’ICT, che ha determinato un nuovo disequilibrio tra i tre pilastri allentando a sua volta la coesione all’interno delle comunità attraverso lo “smistamento residenziale”, così rendendo evidente l’“importanza paradossale del luogo”. Il progresso tecnologico,

che ha portato all'affermazione dei mercati “*winner-takes-all*”, si rivela anzitutto un fattore di disuguaglianza “in termini non solo di risultati economici ma anche di opportunità”, dovuta all’incapacità da parte dello Stato e della comunità di “garantire l’equilibrio dei mercati e a regolarli”. Si evidenzia, in particolare, da parte delle aziende dominanti, la tendenza a “cambiare le regole del gioco”, nonché ad usarle a proprio vantaggio per impedire ai *competitors* di “beneficiare degli effetti di rete della piattaforma e di competere a una maggiore parità di condizioni”. A quest’ultimo proposito vengono richiamati da un lato il *Computer Fraud and Abuse Act* e il *Digital Millenium Copyright Act*, che hanno qualificato la connessione alle piattaforme dominanti da parte di una qualunque azienda esterna come un reato punibile con la reclusione, così frenando l’interoperabilità; dall’altro, si contesta la protezione eccessivamente ampia e duratura della proprietà intellettuale che, insieme ai patti di non concorrenza, ha favorito la creazione di condizioni competitive impari, spiegando “l’ingresso sempre più lento di nuove aziende di piccole dimensioni”. Gli stessi brevetti, nati come strumenti atti a incoraggiare l’innovazione, a causa dell’eccessiva facilità con cui vengono concessi e della loro notevole durata hanno finito per creare una barriera all’innovazione.

Tuttavia, come anticipato, il progresso tecnologico rivela anche un potenziale positivo, in quanto permette di rinviare la “comunità locale basata sulla prossimità fisica”: esso infatti fornisce gli strumenti per “sviluppare maggiormente la nostra identità sul mercato, e al tempo stesso offre modi nuovi per rafforzare il legame all’interno della nostra comunità”.

In altre parole, la tecnologia sarebbe uno strumento in grado di consentire una decentralizzazione più efficace delle funzioni dello Stato, in quanto permetterebbe ai cittadini di esercitare un maggiore controllo, interazione e informazione nei confronti dell’attività posta in essere dalle amministrazioni locali.

Da qui si sviluppa allora la terza parte del libro, dedicata a “Ripristinare l’equilibrio”. Articolando la propria riflessione in cinque capitoli, l’Autore propone una serie di potenziali rimedi volti a riequilibrare Stato e comunità (cap. X) attraverso il principio di “localismo inclusivo” (cap. IX). In particolare, è necessario rinviare il terzo pilastro (cap. XI) per dare maggiore potere alla comunità, ma al tempo stesso è essenziale rafforzare i mercati (cap. XIII) e responsabilizzare maggiormente Stato e organizzazioni internazionali (cap. XII) per rendere la società più inclusiva. Come ben evidenziato, “Localismo significa dunque restituire il potere alle persone, dalla sfera internazionale ai Paesi e dai Paesi al livello federale, regionale e infine comunitario. Significa seguire rigorosamente il principio di sussidiarietà: i poteri dovrebbero continuare a risiedere al livello più decentralizzato che sia opportuno per il loro uso effettivo. L’*empowerment* costringerà ognuno a prendersi una parte delle responsabilità”.

3. Il volume di Rajan appare particolarmente ambizioso e stimolante, presentando l’indubbio merito di sollecitare il dibattito economico e giuridico a superare i tradizionali confini della classica contrapposizione dicotomica Stato-mercato. Tuttavia, complice anche l’amplissimo arco temporale che l’Autore cerca di analizzare nelle centinaia di pagine dedicate alla ricostruzione storica – delle tribù primitive fino ai nostri giorni –, e la natura marcatamente multidisciplinare dell’opera, dichiaratamente destinata a un vasto pubblico, la trattazione appare talvolta superficiale, essendo molti aspetti solo vagamente tratteggiati o comunque poco argomentati.

A titolo di esempio, si è già anticipato come l'Autore consideri l'Unione europea solo nella sua accezione di "progetto *top-down* delle élite", da riequilibrare attraverso la rilocalizzazione del processo decisionale e dei finanziamenti dal livello transnazionale a quello locale. Rajan sembra così concepire comunità locali da un lato e Unione europea dall'altro secondo una prospettiva meramente antitetica, trascurando il ruolo attivo che viene esercitato da quest'ultima nel senso di favorire le prime.

Si tratta tuttavia di una concezione facilmente superabile. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai finanziamenti europei dedicati allo sviluppo locale di tipo partecipativo: in tal senso, particolare rilievo assume il c.d. *Community Led Local Development*, poiché la partecipazione della comunità a tutte le fasi di elaborazione ed attuazione costituisce un elemento "*strutturale*" della strategia, necessario ai fini dell'accesso al finanziamento.

Inoltre, e più in generale, l'Autore non sembra indicare concrete modalità con cui la comunità possa esercitare un ruolo maggiormente attivo nella società, una volta che si sia ristabilito l'equilibrio tra i tre pilastri: eppure, un'attenta analisi dell'attuale realtà gli avrebbe permesso di offrire degli esempi efficaci in tal senso, anche con riferimento alle questioni da lui espressamente richiamate.

In particolare, nelle note conclusive dell'Epilogo Rajan ammette di aver "parlato poco di uno dei problemi più urgenti che abbiamo: il cambiamento climatico e i problemi associati". A tal proposito, si limita ad evidenziare come ritenga probabile che "l'innovazione tecnologica ci consenta in futuro di affrontarli con più facilità. Per esempio, l'energia rinnovabile a buon mercato come quella solare o eolica, immagazzinabile in grandi batterie per alimentare automobili, autocarri e stabilimenti, potrà aiutarci a ridurre in misura significativa le emissioni di anidride carbonica". Tuttavia, nel presentare tale esempio non evidenzia il nesso tra l'utilizzo della tecnologia e i tre pilastri; inoltre non sviluppa l'idea, appena delineata nel cap. X, per cui "a mano a mano che l'energia solare o eolica decentralizzata diventerà più economica, (...) essa potrebbe essere gestita direttamente da comunità più remote, che si avvarrebbero della rete elettrica solo per garantire l'equilibrio energetico".

A ben vedere, in ambito europeo tale possibilità è già normativamente prevista dalla direttiva (UE) 2018/2001 in materia di energie rinnovabili, che all'art. 22 riconosce espressamente le c.d. comunità di Energia Rinnovabile (CER), nonché dalla direttiva (UE) 2019/944 (volta a fissare norme comuni per il mercato interno), che all'art. 16 disciplina le c.d. Comunità Energetiche dei Cittadini (CEC).

In tali disposizioni normative troviamo anche una concreta applicazione di quell'invito contenuto nelle Premesse del libro a utilizzare le tecnologie ICT per "rinvigorire il pilastro della comunità", dal momento che si incentiva l'utilizzo delle tecnologie digitali per favorire "forme decentrate di negoziazione, come le operazioni tra pari (*peer to peer*)". In effetti, sono già numerosi i casi in cui le più avanzate tecnologie digitali, quali ad esempio le piattaforme *block-chain* (vagamente richiamate anche nel libro) vengono utilizzate per favorire la creazione e il funzionamento di comunità energetiche (si pensi al noto caso "*Brooklyn Microgrid*").

Questo, più di molti altri esempi richiamati nel volume, ci sembra emblematico del possibile contributo delle tecnologie all'incentivazione della comunità locale basata sulla prossimità fisica, in quanto vengono forniti gli strumenti per "sviluppare maggiormente la nostra identità sul mercato e (...) rafforzare il legame all'interno della nostra comunità".

Inoltre, con specifico riferimento alla responsabilità sociale d'impresa, se si considera che la tesi sostenuta è quella di un'integrazione osmotica tra i tre pilastri, nonché l'ampio spazio dedicato, nell'analisi storicistica, alla ricostruzione delle teorie economiche atte a giustificare il principio della massimizzazione dello *shareholder value*, o, ancora, il crescente dibattito dottrinale ed economico che attualmente caratterizza la materia, appare un po' troppo superficiale la conclusione con cui l'Autore liquida il tema. Si limita infatti a riconoscere che "la responsabilità sociale *più ampia* dovrebbe essere lasciata allo Stato e alla comunità (...); l'unica eccezione sono le aziende che operano in una società in cui Stato e comunità sono completamente disfunzionali" (corsivo aggiunto). Ciò in quanto "*gravare eccessivamente* le grandi imprese di compiti che in realtà dovrebbero essere svolti dalla comunità e dallo Stato garantisce che non svolgano adeguatamente alcuni di questi compiti" (corsivo aggiunto). È evidente che, posta in questi termini, tale conclusione è ineccepibile: tuttavia, essa poco aggiunge al dibattito in materia, essendo ben altri gli aspetti che vengono in rilievo, *in primis* la necessità di "responsabilizzare" gli azionisti e, quindi, gli investitori istituzionali, attraverso l'imposizione di regole in capo agli stessi, prevedendo per via legislativa l'assunzione obbligatoria di impegni (F. DENOZZA, *Lo scopo della società: dall'organizzazione al mercato*, in *Orizzonti di Diritto Commerciale*, fasc. 3, 2019, pp. 615-626 e in particolare p. 617).

Anche con riferimento al ruolo del diritto antitrust l'Autore sembra trascurare del tutto come, negli ultimi tempi e proprio alla luce delle criticità connesse alla crescente affermazione delle piattaforme digitali, la letteratura economica e la dottrina giuridica siano tornate a interrogarsi sulla possibilità di attribuire all'intervento antitrust non solo il compito di tutelare i tipici valori dell'efficienza economica, secondo il modello tradizionale, bensì anche quello di contribuire a una maggiore giustizia sociale. Detto altrimenti, le norme in materia di concorrenza non perseguirebbero unicamente gli ideali della democrazia economica, ma anche quelli della democrazia politica (M. D'ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 2, 2020, p. 235), su cui il volume dedica particolare attenzione.

In altre parole, sebbene sia ormai riconosciuto come l'applicazione delle regole di concorrenza possa anche contribuire ad attenuare disuguaglianze e ingiustizie sociali, l'opera relega tale funzione alla politica, riconducendo espressamente i rapporti tra mercati e democrazia unicamente all'esercizio dell'elettorato attivo (cap. III e IV), senza richiamare il possibile ruolo che può essere svolto in tal senso dalla regolazione.

Ancora, vale la pena di sottolineare – seppur si tratti in questo caso di sviluppi normativi estremamente recenti, di cui l'opera non poteva tener conto – come, sia negli Stati Uniti sia in Europa, la regolazione *ex ante* e la normativa in materia antitrust stiano cercando di circoscrivere il potere di mercato delle maggiori piattaforme digitali. Si pensi in particolare alle proposte legislative presentate dalla Commissione europea nel dicembre 2020 relative al c.d. "*Digital Markets Act*" e al c.d. "*Digital Services Act*", facenti parte della Strategia Digitale Europea "*Shaping Europe's Digital Future*", o al *Competition and Anti-trust Law Enforcement Reform Act of 2021* recentemente presentato negli Stati Uniti: l'obiettivo è proprio quello di impedire ai *big players* di "cambiare o usare a proprio vantaggio le regole del gioco", secondo l'adagio ben descritto dall'Autore.

In conclusione, sarebbe auspicabile che il legislatore, attualmente impe-

gnato a ridefinire il confine tra regolazione *ex ante* e disciplina antitrust nel complesso mercato delle piattaforme digitali, iniziasse a considerare in tal senso anche le potenzialità insite in queste tecnologie, offrendo così una nuova alternativa rispetto alla tradizionale definizione verticistica delle regole nel mercato, secondo la prospettiva offerta da Rajan.

In ultima analisi, ciò consentirebbe di favorire un nuovo bilanciamento tra le dinamiche del mercato e l'intervento dello Stato, fornendo un'inedita soluzione alla loro tensione e incidendo sul noto schema autorità-libertà attraverso il riconoscimento di un innovativo ruolo in capo alla comunità per mezzo delle tecnologie digitali. Questo *empowerment* costringerebbe "ognuno a prendersi una parte delle responsabilità".

di Tamara Favaro