

REDAZIONALI

L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE EUROPEA DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTT. 345 E 63 DEL TFUE

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

L'art. 345 TFUE esprime il principio di neutralità dei Trattati rispetto al regime di proprietà negli Stati membri, i trattati, infatti, non ostano né alla nazionalizzazione di imprese né alla loro privatizzazione. Privilegiare la proprietà pubblica non sottrae all'applicazione dell'art. 63 TFUE, anche se per giustificare la restrizione alla libera circolazione dei capitali possono esservi motivi imperativi di interesse generale.

The article 345 TFEU is an expression of the principle of the neutrality of the Treaties in relation to the rules in Member States governing the system of property ownership. The Treaties do not preclude, as a general rule, either the nationalisation of undertakings. Give priority to public ownership does not remove the application of Article 63 TFEU, even though to justify the restriction on the free movement of capital may be overriding reasons of the public interest.

Sommario: 1. Questione pregiudiziale. 2. La normativa di riferimento. 3. La sentenza. 4. Conclusioni.

1. Questione pregiudiziale.

L'Olanda ha presentato domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione degli articoli 63¹ e 345² del TFUE. La controversia riguarda la produzione, la fornitura nonché la commercializzazione di energia elettrica e di gas sul territorio olandese riguardo da un lato la compatibilità con il diritto dell'Unione di una legislazione nazionale che vieta, in primo luogo, la vendita di azioni detenute in gestori di sistemi di distribuzione di energia elettrica e di gas attivi sul territorio olandese ad investitori privati, ponendo così un effettivo divie-

to di privatizzazione, in secondo luogo, legami di proprietà o di controllo tra, da un lato, società appartenenti ad un gruppo cui appartiene un gestore di sistemi di distribuzione siffatti e, dall'altro, società appartenenti ad un gruppo cui appartiene un'impresa che produce, fornisce o commercializza energia elettrica o gas sul territorio olandese e, in terzo luogo, il compimento da parte di un gestore siffatto e del gruppo cui quest'ultimo appartiene di operazioni o attività che potrebbero pregiudicare l'interesse della gestione della rete interessata.

2. La normativa di riferimento.

Il diritto dell'Unione Europea si disinteressa della titolarità dei beni pubblici, cioè del regime di proprietà esistente negli Stati membri, come confermato dall'art. 345 TFUE, ma interviene a disciplinarne l'uso in funzione dello sviluppo del mercato comune (intracomunitario) e dell'eliminazione degli ostacoli

¹ Art. 63 (ex art. 56 del TCE) 1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. 2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

² Art. 345 (ex art. 295 del TCE) I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri.

alla libera circolazione delle merci e dei capitali come si evince dal combinato disposto degli artt. 34³ e 63 TFUE⁴.

Inoltre, la materia in cui è intervenuta la Corte di Giustizia con la pronuncia della Grande Sezione del 22.10.2013 nelle cause riunite C-105/12 a C-107/12, riguarda il settore dell'energia elettrica.

Presupposto delle controversie è rappresentato dal c.d. “*unbundling*” delle reti energetiche imposto dalle dir. 2003/54/CE e 2009/72/CE che hanno disposto in ambito europeo la separazione della proprietà e gestione della rete distributiva di energia elettrica dalla prestazione del servizio di fornitura della medesima.

La competenza in materia di energia è stata esercitata dalle istituzioni dell'UE con la dir. 92/CE del 19.12.1996, che ha dettato una disciplina complessiva del settore e la sua graduale liberalizzazione, “*nella prospettiva di conseguire un mercato dell'energia elettrica concorrenziale*” (art. 1, par. 1), che mantenga agli Stati la facoltà di “*imporre alle imprese obblighi di servizio pubblico*” (art. 1, par. 2). La direttiva è caratterizzata dall'ampia flessibilità applicativa lasciata agli Stati in tutte le fasi dell'attività elettrica. Riguardo alla produzione, considerata libera, si prevede che per la costruzione di nuovi impianti di generazione gli Stati membri possano “*scegliere tra un sistema di autorizzazioni e/o una procedura di gara d'appalto*” (art. 4).

In merito alla disciplina delle reti di trasporto e distribuzione (art. 7-12) si dispone che queste siano affidate a soggetti che garantiscano la sicurezza e l'affidabilità degli approvvigionamenti, stabilendo che le imprese elettriche integrate verticalmente (ovvero, le imprese che svolgono due o più fra le attività di generazione, trasmissione e distribuzione di energia) o orizzontalmente (ovvero, le imprese che svolgono una fra le attività di generazione, trasmissione e distribuzione di energia e un'altra attività che non rientra nel set-

tore elettrico) tengano, nella propria contabilità interna, conti separati per le attività di generazione, trasmissione e distribuzione e conti consolidati per le eventuali altre attività non elettriche (art. 14)⁵.

La dir. 92/CE è stata poi sostituita dalla dir. 54/CE del 26.06.2003, che ha ripreso l'impianto precedente apportandovi alcune significative modifiche, volte a migliorare il funzionamento del mercato e a garantire parità di condizioni a livello di generazione, accesso non discriminatorio alla rete di trasmissione e tutela dei diritti dei clienti più piccoli e vulnerabili. Essa ha introdotto, tra l'altro: a) l'ampliamento degli obiettivi del servizio pubblico e la garanzia del servizio universale, ovvero il diritto per tutti i clienti civili e le piccole imprese “*alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili e trasparenti*” (art. 3); b) l'opzione, in materia di produzione, a favore della procedura di autorizzazione per la costruzione di nuovi impianti (art. 6); c) la scelta per la separazione giuridica tra le attività di trasmissione o distribuzione e le altre attività elettriche (artt. 10 e 15) e per un sistema regolamentato di accesso alla rete “*basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema*” (art. 20, par. 1); d) la qualificazione, dal 1.7.2007, di tutti i clienti come idonei a concludere contratti di fornitura di energia elettrica; e) l'identificazione di un nucleo minimo di competenze da attribuire alle autorità nazionali di regolamentazione (art. 23)⁶.

3. La sentenza.

Il dubbio sollevato dal giudice del rinvio ed analizzato nella sentenza qui in commento, riguarda la questione che se l'art. 345 TFUE venisse interpretato nel senso che riguardi un regime di divieto di privatizzazione per effetto del quale le azioni detenute da un gestore del sistema di distribuzione di energia elettri-

³ Art. 34 (ex art. 28 del TCE) Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente.

⁴ Voce “*Regolazione dell'energia*” nell'Enciclopedia on line - <http://www.treccani.it/enciclopedia/beni-pubblici-e-di-interesse-pubblico/>

⁵ Voce “*Energia. Diritto dell'Unione Europea*” nell'Enciclopedia on line - <http://www.treccani.it/enciclopedia/beni-pubblici-e-di-interesse-pubblico/>

⁶ Cfr nota n. 5

ca o di gas attivo sul territorio olandese debbano essere detenute, direttamente o indirettamente, da autorità pubbliche individuate dalla legislazione nazionale; tale interpretazione produrrebbe la conseguenza di sottrarre dall'applicazione dell'art. 63 TFUE disposizioni nazionali che vietino, da un lato, legami di proprietà o di controllo tra società facenti parte di un gruppo al quale appartenga un gestore del sistema di distribuzione di energia elettrica o di gas attivo su detto territorio e società facenti parte di un gruppo cui appartenga un'impresa che produce, fornisce o commercializza energia elettrica o gas sul territorio medesimo nonché, dall'altro, l'effettuazione da parte di un simile gestore e del gruppo cui appartiene di operazioni o attività che possano pregiudicare l'interesse della gestione della rete interessata.

In realtà, afferma la Corte, l'art. 345 TFUE esprime il principio di neutralità dei Trattati rispetto al regime di proprietà negli Stati membri⁷. I trattati, infatti, non ostano né alla nazionalizzazione di imprese⁸ né alla loro privatizzazione⁹.

Viene, pertanto, affermato che gli Stati membri possono legittimamente perseguire l'obiettivo che consiste nell'istituire o mantenere un regime di proprietà pubblica per talune imprese.

Nel caso di specie, la legislazione olandese mira, ad esempio, a mantenere un regime della proprietà pubblica per quanto riguarda i gestori, e tale divieto rientra in quanto disciplinato e concesso dall'art. 345 TFUE.

Tuttavia, quest'ultima norma non produce l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri alle norme fondamentali del Trattato FUE tra cui, in particola-

re quelle di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libertà di circolazione dei capitali¹⁰.

Pertanto, il fatto che l'Olanda abbia previsto, nel settore dei gestori di sistemi di distribuzione di energia elettrica o di gas attivi sul suo territorio, un regime di proprietà pubblica ai sensi dell'art. 345 TFUE non può esentare tale Stato membro dal rispetto, in detto settore, delle regole relative alla libera circolazione dei capitali¹¹.

Infatti, secondo costante giurisprudenza, l'art. 63, par. 1, TFUE vieta in maniera generale le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri¹².

Per costante giurisprudenza costituiscono movimenti di capitali ai sensi dell'art. 63, paragrafo 1, TFUE, in particolare, gli investimenti c.d. «*diretti*», ovvero gli investimenti sotto forma di partecipazione ad un'impresa attraverso un possesso di azioni che consenta di partecipare effettivamente alla sua gestione ed al suo controllo nonché gli investimenti c.d. «*di portafoglio*», ovvero gli investimenti sotto forma di acquisto di titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influenzare la gestione ed il controllo dell'impresa¹³.

Per quanto riguarda tali due forme di investimento, la Corte ha precisato che devono ritenersi «*restrizioni*», ai sensi dell'art. 63, paragrafo 1, TFUE, i provvedimenti nazionali che possono impedire o limitare l'acquisto di azioni nelle imprese interessate o che possono dissuadere gli investitori di altri Stati membri

⁷ Ad es. A. SáNchez Graells, *Public Procurement and EU Competition Rules*, Oxford, Hart, 2011, pp. 27 e 232 ss.; F. AVARKIOTI, *The Application of EU Public Procurement Rules to "In-house" Arrangements to "In-house" Arrangements*, in *Public Procurement Law Rev.*, 2007, p. 22; D.U. GALLETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, pp. 22 s.

⁸ v., in tal senso, C. giust. CE del 15.07.1964, Costa, Racc. pag. 1129.

⁹ v., in tal senso, C. giust. CE dell'8.11.2012, Commissione/Grecia, C 244/11, punto 17.

¹⁰ v., in tal senso, C. giust. CE del 6.11.1984, Fearon, 182/83, Racc. pag. 3677, punto 7; del 1.06.1999, Konle, C 302/97, Racc. pag. I 3099, punto 38; del 23.09.2003, Ospelt e Schlössle Weissenberg, C 452/01, Racc. pag. I 9743, punto 24; dell'8.07.2010, Commissione/Portogallo, C 171/08, Racc. pag. I 6817, punto 64; del 21.12.2011, Commissione/Polonia, C 271/09, punto 44.

¹¹ v., per analogia, C. giust. CE Commissione/Polonia, cit., punto 44.

¹² C. giust. CE del 28.09.2006, Commissione/Paesi Bassi, C 282/04 e C 283/04, Racc. pag. I 9141, punto 18, nonché Commissione/Portogallo, cit., punto 48.

¹³ v. C. giust. CE Commissione/Paesi Bassi, punto 19 e Commissione/Portogallo, punto 49.

dall'investire nel capitale delle stesse¹⁴.

La normativa Olandese, di conseguenza, con la previsione di detti divieti pone in essere restrizioni alla libera circolazione dei capitali, ai sensi dell'art. 63 TFUE.

Ulteriore questione sollevata dal giudice del rinvio è se la preclusione di sovvenzioni incrociate in senso ampio, compreso lo scambio di informazioni strategiche, nel garantire la trasparenza sui mercati dell'energia elettrica e del gas e nel prevenire distorsioni della concorrenza costituiscano interessi puramente economici, ovvero, al contrario, motivi imperativi di interesse generale tali da giustificare restrizioni alla libera circolazione dei capitali.

La Corte ha reiteratamente affermato che la libera circolazione dei capitali può essere limitata da una normativa nazionale solamente laddove sia giustificata da uno dei motivi indicati all'art. 65¹⁵ TFUE ovvero da motivi imperativi di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte¹⁶.

I motivi di natura puramente economica non possono, però, costituire motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale

¹⁴ v. C. giust. CE del 4.6.2002, Commissione/Portogallo, C 367/98, Racc. pag. I 4731, punti 45 e 46; Commissione/Francia, C 483/99, Racc. pag. I 4781, punto 40; del 13.5.2003, Commissione/Spagna, C 463/00, Racc. pag. I 4581, punti 61 e 62; Commissione/Regno Unito, C 98/01, Racc. pag. I 4641, punti 47 e 49; del 2.6.2005, Commissione/Italia, C 174/04, Racc. pag. I 4933, punti 30 e 31 nonché Commissione/Paesi Bassi, cit., punto 20.

¹⁵ Art. 65 (ex art. 58 del TCE) 1. Le disposizioni dell'art. 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale; 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.

¹⁶ v. C. giust. CE del 14.2.2008, Commissione/Spagna, C 274/06, punto 35 e Commissione/Polonia, cit., punto 55.

garantita dai Trattati¹⁷ unica eccezione è che sia dettata da motivi di ordine economico che perseguono un obiettivo d'interesse generale¹⁸.

La Corte pur statuendo la libertà relativamente all'interpretazione ed applicazione delle norme comunitarie ed i trattati relativamente alle privatizzazioni specifica, comunque, il limite per cui non può determinarsi una restrizione alle norme relative alla libera circolazione dei capitali¹⁹. Tuttavia, nel caso analizzato nella Sentenza della Corte l'interesse sotteso alla scelta del legislatore olandese, rispetto al regime di proprietà pubblica o privata del gestore del sistema di distribuzione di energia elettrica o di gas è stato considerato quale motivo imperativo di interesse generale.

Infatti, gli obiettivi che consistono nel precludere le sovvenzioni incrociate in senso ampio, compreso lo scambio di informazioni strategiche, nel garantire la trasparenza sui mercati dell'energia elettrica e del gas e nel prevenire le distorsioni della concorrenza mirano a garantire una concorrenza non falsata sui mercati della produzione, della fornitura e della commercializzazione dell'energia elettrica e del gas sul territorio olandese e, dall'altro, che l'obiettivo che consiste nel precludere le sovvenzioni incrociate intende inoltre garantire un investimento sufficiente nei sistemi di distribuzione di energia elettrica e di gas, perseguendo, così, obiettivi imperativi di interesse generale.

L'obiettivo di una concorrenza non falsata su detti mercati è del pari perseguito dal Trattato FUE, il cui preambolo sottolinea la necessità di un'azione concertata intesa a garantire, in particolare, la lealtà nella concorrenza, il che mira, in definitiva, a tutelare i consumatori. Secondo giurisprudenza costante della

¹⁷ C. giust. CE del 16.1.2003, Commissione/Italia, C 388/01, Racc. pag. I 721, punto 22, e del 17.03.2005, Kranemann, C 109/04, Racc. pag. I 2421, punto 34.

¹⁸ v., in tal senso, C. giust. CE dell'11.09.2008, Commissione/Germania, C 141/07, Racc. pag. I 6935, punto 60.

¹⁹ v. C. giust. CE dell'8.7.2010, Commissione/Portogallo, punto 64 nonché Commissione/Polonia, punto 44.

Corte, la tutela dei consumatori costituisce un motivo imperativo di interesse generale²⁰.

Come, lo è, del resto, l'obiettivo di garantire un investimento sufficiente nelle reti di distribuzione di energia elettrica e di gas mira ad assicurare, in particolare, la sicurezza degli approvvigionamenti di energia, obiettivo che la Corte ha parimenti riconosciuto come motivo imperativo d'interesse generale²¹.

Tuttavia, conclude la Corte, occorre che le restrizioni della libera circolazione dei capitali siano idonee a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non eccedano quanto necessario per raggiungere gli obiettivi di cui trattasi²².

4. Conclusioni.

L'art. 345 TFUE va interpretato nel senso che ricomprende un regime di divieto di privatizzazione per effetto del quale le azioni detenute da un gestore del sistema di distribuzione di energia elettrica o di gas attivo sul territorio olandese debbano essere detenute, direttamente o indirettamente, da autorità pubbliche individuate dalla legislazione nazionale. Tuttavia, tale interpretazione non comporta la conseguenza di sottrarre dall'applicazione dell'art. 63 TFUE disposizioni nazionali che vietino la privatizzazione di gestori di sistemi di distribuzione di energia elettrica o di gas, o che vietino, da un lato, legami di proprietà o di controllo tra società facenti parte di un gruppo al quale appartenga un gestore del sistema di distribuzione di energia elettrica o di gas attivo sul territorio olandese e società facenti parte di un gruppo al quale appartenga un'impresa che produce, fornisce o commercializza energia elettrica o gas sul territorio medesimo nonché, dall'altro,

l'effettuazione da parte di un gestore siffatto e del gruppo cui appartiene di operazioni o attività che potrebbero pregiudicare l'interesse della gestione della rete interessata.

Per quanto riguarda il regime di divieto di privatizzazione che ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 345 TFUE, gli obiettivi sottesi alla scelta del legislatore rispetto al regime di proprietà adottato possono essere presi in considerazione quali motivi imperativi di interesse generale per giustificare la restrizione alla libera circolazione dei capitali.

Per quanto riguarda gli altri divieti, gli obiettivi di lotta alle sovvenzioni incrociate in senso ampio, compreso lo scambio di informazioni strategiche, di garantire la trasparenza sui mercati dell'energia elettrica e del gas o di prevenire distorsioni della concorrenza possono, a titolo di motivi imperativi di interesse generale, giustificare le restrizioni alla libera circolazione dei capitali causate da disposizioni nazionali.

²⁰ C. giust. CE del 13.09.2007, Commissione/Italia, C 260/04, Racc. pag. I 7083, punto 27; del 29.11.2007, Commissione/Austria, C 393/05, Racc. pag. I 10195, punto 52, e del 18.11.2010, Commissione/Portogallo, C 458/08, Racc. pag. I 11599, punto 89

²¹ C. giust. CE del 10.07.1984, Campus Oil e a., 72/83, Racc. pag. 2727, punti 34 e 35; del 4.06.2002, Commissione/Belgio, C 503/99, Racc. pag. I 4809, punto 46, nonché del 2.06.2005, Commissione/Italia, punto 40

²² C. giust. CE dell'11.10.2007, ELISA, C 451/05, Racc. pag. I 8251, punto 82, e Commissione/Polonia, punto 58.