

18 LUGLIO 2018

Relazioni tra l'articolo 8 l.287/90 e
l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza
1/18 dell'Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato

di Manfredi De Vita
Avvocato presso il Foro di Roma



Relazioni tra l'articolo 8 l.287/90 e l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

di Manfredi De Vita

Avvocato presso il Foro di Roma

Sommario: 1. I temi posti dall'Ordinanza. – 2. Divergenze strutturali ed analogie funzionali tra l'articolo 8 l.287/90 e l'articolo 106 TFUE. – 3. L'articolo 8 l.287/90 e l'articolo 106 TFUE quali norme ausiliarie o di rinvio. 4. La mancata previsione in ambito nazionale di una disposizione corrispondente al terzo comma dell'articolo 106 TFUE.

1. I temi posti dall'Ordinanza

1. I profili di interesse posti dall'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“Ordinanza”) non sembrano esaurirsi al pur delicatissimo tema della legittimazione del Collegio dell'Autorità a sollevare questioni di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale. Essi, invero, paiono estendersi al merito degli argomenti addotti dall'Ordinanza a sostegno della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, segnatamente alla luce di un loro possibile ancoraggio al diritto europeo.

2. In funzione di un tale, specifico, aspetto, vale anzitutto richiamare taluni contenuti dell'Ordinanza in commento, ove può leggersi quanto segue.

- a. L'articolo 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, introdotto con la l. n. 205 del 2017, ai sensi del quale “*agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*”, interpretato nel senso di sottrarre un intero segmento di attività all'applicazione delle disposizioni della legge n. 287 del 1990, in assenza di qualsiasi valutazione circa il carattere necessario e proporzionato di tale deroga, appare in contrasto con l'articolo 3 Cost., per violazione del principio di ragionevolezza, e con l'articolo 41 Cost. Per effetto dell'articolo 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 viene, infatti, sacrificato il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata

* Intervento al Seminario ad inviti organizzato da *federalismi* il 21 giugno 2018 sull'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dinanzi la Corte costituzionale.

- di cui all'articolo 41 Cost., senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza¹.
- b. Ai sensi dell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'articolo 3, lettera g, del Trattato CE) e qualsiasi misura legislativa che introduca una limitazione a tale principio assume carattere derogatorio ed eccezionale, con la conseguenza che, per essere legittima, deve costituire “la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi” (Corte cost., sent. n. 270 del 2010).
 - c. Infine, i più volte citati articoli 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 e 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, contrastano con l'articolo 117, comma 1, Cost., secondo cui la competenza legislativa deve essere esercitata “nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. Secondo consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, l'articolo 117, comma 1, Cost. viene applicato come norma costituzionale disciplinante i rapporti fra diritto comunitario e diritto interno; più precisamente, come norma costituzionale contenente un preciso limite alla potestà legislativa statale e regionale, costituito dal rispetto della normativa comunitaria (cfr. ex multis Corte cost., sent. n. 406 del 2005). In tale prospettiva, il legislatore interno è vincolato al rispetto delle norme dell'ordinamento comunitario con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione.
 - d. Ciò impone che la legittimità costituzionale delle norme interne debba essere vagliata alla luce della loro compatibilità con l'ordinamento comunitario. Ebbene tale requisito non è sicuramente rispettato nel caso di specie. Come è noto, l'articolo 106, par. 2, TFUE, secondo la costante

¹L'ordinanza, in tal senso, prosegue motivando che “*il legislatore ha, in particolare, predisposto uno strumento assolutamente non proporzionato rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare, con il risultato di creare un contesto in cui non sussiste alcun equilibrio tra interessi diversi, ma solo l'inaccettabile sacrificio della libertà di iniziativa economica privata. Ciò assume ancor più rilievo là dove si consideri che l'Autorità e la Commissione non hanno mai contestato in sé l'esercizio della funzione disciplinare dei Consigli notarili e degli ordini professionali in genere, ma hanno al contrario sempre applicato le regole in materia di concorrenza verificando, caso per caso, se l'esercizio di tali funzioni non avesse esorbitato le proprie finalità pubblicistiche, risultando non necessario e non proporzionato rispetto al conseguimento delle stesse (cfr. Commissione europea, “Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali”, febbraio 2004, (COM(2004) 83 def), in cui viene affermato che la verifica della necessità e della proporzionalità delle limitazioni della concorrenza tra professionisti impone che le restrizioni siano “oggettivamente necessarie per raggiungere un obiettivo di interesse generale chiaramente articolato e legittimo e devono costituire il meccanismo meno restrittivo della concorrenza atto a raggiungere tale obiettivo”; si v. ex multis, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 24275 del 13 marzo 2013, caso I747 - Consiglio notarile di Lucca/Controlli sull'applicazione della tariffa; Provvedimento n. 26625 del 30 maggio 2017- caso I797 - Consiglio notarile di Roma, Velletri e Civitavecchia/Delibera in tema di distribuzione del lavoro nella dismissione pubblica)”*”.

giurisprudenza della Corte di giustizia europea ammette deroghe alle disposizioni in materia di concorrenza solo qualora esse risultino necessarie per garantire l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, richiedendo che sia effettuato un test di proporzionalità².

- e. Poiché, dunque, come si è dimostrato, l'ordinamento comunitario non ammette soluzioni come quella introdotta dall'articolo 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 che impedisce di ritenere applicabili le regole in materia di concorrenza ad un intero segmento di attività sulla base di una valutazione effettuata ex ante, la norma interna risulta contraria all'articolo 117, comma 1, Cost.

3. A fonte di una tali articolate motivazioni, il nucleo della questione sembra potersi rinvenire - in una prospettiva di diritto europeo - nelle riserve formulate dall'Ordinanza quanto alla possibilità che l'articolo 8, comma 2, l. n. 287/90, interpretato in maniera conforme all'articolo 106, par. 2, TFUE, sia idoneo a costituire la legittima base legale di un intervento normativo volto a sottrarre intero segmento di attività all'applicazione delle disposizioni della legge n. 287 del 1990, in assenza di qualsiasi valutazione circa il carattere necessario e proporzionato di tale deroga, in relazione alle circostanze di un determinato caso di specie³.

In questi termini, una lettura parallela dell'articolo 8 l.287/90 e dell'art.106 TFUE⁴, consente in effetti di far emergere taluni profili a sostegno dei dubbi sollevati dall'Ordinanza, ancorché tali profili non siano integralmente rinvenibili nelle motivazioni sviluppate dall'Autorità.

² Al riguardo l'Ordinanza sviluppa ulteriormente le motivazioni rilevando che *“a livello comunitario viene esclusa la possibilità di sottrarre in via generale e astratta un intero settore di attività dall'ambito di applicazione delle norme antitrust, dovendosi, piuttosto, procedere ad una valutazione caso per caso. Questo tipo di approccio è stato di recente ribadito, in materia di ordini professionali, anche dal Tribunale dell'Unione europea, secondo cui “In ogni caso, anche se, in tali circostanze, non è necessario prendere definitivamente posizione sulla questione della misura in cui l'esercizio, da parte dell'Ordine, del suo potere disciplinare, si ricolleggi all'esercizio di una prerogativa dei pubblici poteri, cosicché esso fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE, occorre ancora precisare che l'esistenza di una siffatta prerogativa non può offrire una protezione assoluta nei confronti di qualsiasi affermazione di un comportamento restrittivo della concorrenza, in quanto l'esercizio manifestamente improprio di un siffatto potere configurerebbe, in ogni caso, uno sviamento di tale potere” (Tribunale UE, causa T90/11, sentenza del 10 dicembre 2014, ONP, punto 207)”*.

³ Alla stregua dell'art. 106, par. 2, TFUE., *“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 di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*. Con lievi varianti, la norma nazionale sancisce che *“Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati”*.

⁴ Cfr. per tutte, sentenza della Corte di Giustizia, Corbeau, del 19 maggio 1993, causa C-320/91, in particolare par. 13.

2. Divergenze strutturali ed analogie funzionali tra l'articolo 81.287/90 e l'articolo 106 TFUE

4. Muovendo dall'art. 106 TFUE, esso pur se inserito dagli autori del Trattato tra le regole di concorrenza applicabili alle imprese, può in realtà essere considerata come una disposizione che obbliga parimenti gli Stati membri. Già sul piano formale, infatti, è solo il secondo comma della norma ad essere rivolto alle imprese, mentre il primo ha come destinatari diretti gli Stati; ma soprattutto, è stato chiarito dalla Corte di Giustizia⁵ che, sul piano sostanziale, è tutto l'impianto dell'art.106 ad investire la responsabilità degli Stati membri vietando loro di violare, per il tramite di imprese con cui intrattengano un legame privilegiato, le norme del Trattato. Lo stesso art. 106, al n. 1, impone agli Stati membri un divieto generale di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle norme del Trattato, in specie a quelle degli artt. 101- 108 TFUE. In quanto tale e stando alle più frequenti delle ipotesi di applicazione delle norma in commento, secondo la giurisprudenza, uno Stato membro viola i divieti posti dall'articolo 106, par. 1, TFUE, letto in combinato disposto con l'articolo 102 TFUE, quando adotta una misura legislativa, regolamentare o amministrativa che crea una situazione in cui un'impresa pubblica o un'impresa alla quale esso ha conferito diritti speciali o esclusivi è necessariamente indotta, attraverso il semplice esercizio dei diritti privilegiati che le sono stati conferiti, ad abusare della propria posizione dominante oppure quando tali diritti possono creare una situazione in cui tale impresa è indotta a commettere siffatti abusi. Al riguardo, non è necessario che un abuso si verifichi effettivamente: *“si ha pertanto violazione di tali disposizioni quando una misura imputabile a uno Stato membro crea un rischio di abuso di posizione dominante a prescindere da qualsiasi abuso reale”*⁶.

5. Il par. 2 dell'art. 106 TFUE prevede che le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale siano sottoposte alle suddette norme, in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di esse non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata, a condizione tuttavia che lo sviluppo degli scambi non venga compromesso in misura contraria agli interessi della Unione.

Quest'ultima disposizione, nel consentire a talune condizioni deroghe alle norme generali del Trattato, mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, quali strumento di politica economica o fiscale con l'interesse dell'Unione all'osservanza delle regole di concorrenza ed al mantenimento dell'unità del mercato unico. Secondo la costante

⁶ Sentenza della Corte 17 luglio 2014, causa C-553/12 P, Commissione europea, c. Repubblica ellenica, par. 42, nonché sentenze GB-Inno-BM, EU:C:1991:474, punti da 23 a 25; Raso e a., EU:C:1998:54, punto 31, e MOTOE, EU:C:2008:376, punto 49 Connect Austria, EU:C:2003:297, punto 80

giurisprudenza della Corte di giustizia il par. 2 dell'art. 106 TFUE, può consentire deroghe alle disposizioni in materia di concorrenza, solo qualora ciò risulti necessario per garantire l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale⁷.

6. Venendo all'ambito nazionale, secondo lo schema della legge 287/90, l'Autorità antitrust, in linea generale, se si trova di fronte a restrizioni della concorrenza imputabili a leggi o regolamenti, si avvale dei poteri che le sono conferiti dagli artt. 21 e 22 l. 287/90 affinché tali restrizioni siano rimosse; mentre decide su intese e su abusi di posizione dominante tutte le volte che gli atti ed i comportamenti relativi siano imputabili ad imprese.

In coerenza con l'impianto della legge, l'art. 8 della l.287/90 è quindi calibrato sulle sole condotte delle imprese pubbliche o titolari di ritti speciali o esclusivi e va inteso nel senso che la concessione per legge o in base alla legge ad una impresa di diritti esclusivi in ordine all'erogazione di un servizio non esenta quest'ultima, per ciò soltanto, dall'osservanza delle disposizioni in materia di concorrenza che non siano oggettivamente incompatibili con il raggiungimento delle finalità della missione di interesse pubblico, sicché devono ritenersi sottratti al rispetto delle norme a tutela della concorrenza soltanto quei comportamenti che siano indispensabili per il conseguimento dell'interesse economico generale di cui l'impresa sia affidataria.

Nella materia, la regola generale è, infatti, quella enunciata all'art. 8, comma 1, alla stregua della quale le disposizioni di cui alla legge n. 287 del 1990 trovano applicazione nei confronti di tutte le imprese, pubbliche, private o a partecipazione statale, sicché la norma di cui all'art. 8, comma 2, introduce una deroga alla regola generale, per le imprese che esercitino la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operino in regime di monopolio, quando l'applicazione della norma per la tutela della concorrenza osti all'adempimento della missione specifica. In altri termini, la deroga al principio generale della piena applicazione delle norme a tutela della concorrenza alle imprese pubbliche e private, espressa dall'art. 8, par. 2, è applicabile alle sole imprese che esercitino la gestione di servizi di interesse economico

⁷ Come da ultimo rilevato dall'AG Wahl nelle Conclusioni del 10 novembre 2016 nella causa C660/15P, *Viasat Broadcasting UK Ltd*: L'articolo 106, paragrafo 2, TFUE mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, come strumento di politica economica o fiscale (o di politiche con impatto economico o fiscale), con l'interesse dell'Unione all'osservanza, principalmente, delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato interno. Affinché le norme dei Trattati non siano potenzialmente applicabili a un'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale in forza dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, è sufficiente che tali norme ostino all'adempimento, in diritto o in fatto, degli obblighi specifici che incombono a tale impresa. In tale contesto, ai fini dell'applicazione dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, non è necessario che risulti minacciata la sopravvivenza stessa dell'impresa. È sufficiente che, ... risulti compromesso l'assolvimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, come precisate dagli obblighi di servizio pubblico che le incombono. In particolare, ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, qualora il mantenimento dei diritti o delle misure ... di cui trattasi sia necessario per consentire al loro titolare o beneficiario di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in «condizioni economicamente accettabili» (parr. 39-40).

generale, ovvero operino in regime di monopolio, e comunque limitatamente a quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati⁸.

7. Malgrado le evocate divergenze strutturali, appare difficilmente confutabile che l'art. 8 della l.287/90 e l'art. 106 TFUE condividano la funzione di presidio alla generale applicabilità delle norme antitrust senza limitazioni settoriali o soggettive e dunque a tutti i settori economici e ad ogni categoria di imprese.

Su questa base, l'applicazione dell'art. 8 della l.287/90 - come ricordato dalla stessa Ordinanza - ha avuto luogo nel rispetto dell'obbligo di interpretazione conforme reso dall'art. 1, comma 4, l. n. 287, assicurando così, una capillare penetrazione in ambito nazionale dell'insieme degli indirizzi esegetici sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dal Tribunale, come dalla prassi della Commissione.

Ciò vale, in particolare, per l'art. 8, par. 2, costantemente interpretato secondo i rigorosi canoni sviluppati rispetto alle corrispondenti disposizioni rese dal secondo comma dell'art. 106 TFUE, talché - come rilevato dall'Ordinanza - può ammettersi una deroga alle norme materia di concorrenza solo qualora ciò risulti necessario per garantire l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, richiedendo che sia effettuato un test di proporzionalità, se non di stretta necessità, rispetto alle circostanze di un determinato caso di specie⁹.

⁸ Come noto, la disposizione, modellata sulla corrispondente prescrizione di cui all'art. 106 TFUE, come indicato dal Consiglio di Stato, tra le altre nella decisione del 11 aprile 2006, n. 1999, *Variazione dei prezzi delle sigarette*: “introduce una deroga al principio generale della piena applicazione delle norme a tutela della concorrenza alle imprese pubbliche e private, applicabile alle sole imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operino in regime di monopolio, e comunque limitatamente a quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati (vedi, tra le altre, la decisione del Consiglio di Stato del 24 maggio 2002, RAI/Radio private)”. In ambito nazionale trova dunque applicazione un test di stretta proporzionalità, talché come ad esempio, può leggersi nella decisione del Consiglio di Stato, 24 maggio 2002, n. 2869, *Rai / Impianti*: “il vero è, infatti, che anche l'attività posta in essere dalla RAI ai fini della realizzazione della rete parlamentare non si sottrae, per ciò solo, alle norme ed alle regole sulla concorrenza, dal momento che - come ha esattamente osservato il primo giudice - l'art. 8 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 (la cui portata ed interpretazione va stabilita in armonia con le norme ed i principi del trattato in materia di disciplina della concorrenza: art. 1, comma 4, l. n. 287 del 1990) va inteso nel senso che la concessione per legge o in base alla legge ad una impresa di diritti esclusivi in ordine all'erogazione di un servizio non esenta quest'ultima, per ciò soltanto, dall'osservanza delle disposizioni in materia di concorrenza che non siano oggettivamente incompatibili con il raggiungimento delle finalità della concessione, sicché devono ritenersi sottratti al rispetto delle norme a tutela della concorrenza soltanto quei comportamenti che siano indispensabili per il raggiungimento delle finalità della concessione”.

⁹ Nel recente provvedimento dell'Autorità n. 26900 del 13 dicembre 2017 A493 - POSTE ITALIANE/PREZZI RECAPITO può leggersi che “in ogni caso, tale disposizione è sempre stata interpretata dall'Autorità nell'unico modo compatibile con l'articolo 106, par. 2, TFUE, nel senso che la disciplina antitrust può considerarsi inapplicabile solo qualora il comportamento anticoncorrenziale in corso di valutazione, nella sua specifica manifestazione ed in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata, rappresenti l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità istituzionale dell'ente ... Inoltre, come rilevato dalla Corte di giustizia, poiché l'articolo 106, par. 2 TFUE “consente che in determinate circostanze si deroghi alle norme del trattato” la stessa deve essere “interpretata restrittivamente”(par. 227 e 229).

3. L'articolo 8 l.287/90 e l'articolo 106 TFUE quali norme ausiliarie o di rinvio

8. Il processo di convergenza cui si è fatto cenno si deve, altresì, alla stessa struttura dell'art. 8 della l.287/90 e dei primi due commi dell'art. 106 TFUE. Si tratta, in entrambe le ipotesi, di norme ausiliarie o di rinvio, nel senso che la disciplina che esse enunciano deve essere necessariamente integrata con una disposizione materiale (a tutela della concorrenza) della quale si assume la violazione. Segnatamente, tanto l'art. 8 quanto l'art. 106 possono trovare applicazione rispetto ad una determinata fattispecie, se ed in quanto essa sia contraria ad uno dei divieti sanciti dalle norme antitrust comunemente applicabili alle imprese¹⁰.

Simmetricamente, la verifica delle condizioni disposte per la deroga espressa da entrambi gli articoli, richiede di essere svolta alla luce di un'analisi effettiva quanto alle conseguenze che l'accertamento delle ipotesi di violazione delle norme antitrust prefigurate in un determinato caso di specie, può in concreto ingenerare - in chiave ostativa - rispetto allo svolgimento della missione di pubblico interesse affidata all'impresa considerata.

9. La circostanza né l'art. 106 TFUE, né l'art. 8 l. 287/90 possano essere applicati isolatamente, ma solo in combinato disposto con una norma antitrust, sembra in effetti rafforzare – per i caratteri che le norme antitrust notoriamente rivestono – gli argomenti a sostegno dell'esigenza di verificare l'applicabilità della deroga in parola solo caso per caso, così come prefigurato dall'Ordinanza in commento.

In tal senso, la formazione degli istituti materiali che compongono il diritto antitrust non può essere scissa, dalle questioni sollevate da casi concreti e dalle formule individuate per la loro soluzione: le regole di concorrenza si concretizzano, infatti, solo all'atto della riconduzione di atti e fatti nell'ambito delle fattispecie astratte previste dalle norme antitrust, attraverso un esercizio di qualificazione di specifiche condotte di impresa rispetto alla condizioni costitutive dei precetti generali recanti il divieto di intese restrittive abusi di posizione dominante.

4. La mancata previsione in ambito nazionale di una disposizione corrispondente al terzo comma dell'articolo 106 TFUE

10. Del resto, se il legislatore nazionale avesse inteso attribuire all'articolo 8 della legge 287/90 una portata eccedente rispetto al perimetro appena delineato, avrebbe potuto mutuare, con eventuali adattamenti, anche il terzo comma dell'art. 106 TFUE.

¹⁰ Paradigmatica è la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia per cui anche nell'ambito dell'art. 106 TFUE l'art. 102 TFUE conserva il proprio effetto diretto ed attribuisce ai singoli diritti che i giudici nazionali devono tutelare (v., in particolare, sentenze 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Racc. pag. I-5889, punto 23; 17 luglio 1997, causa C-242/95, *GT-Link*, Racc. pag. I-4449, punto 57, e 16 settembre 1999, causa C-22/98, *Becu e a.*, Racc. pag. I-5665, punto 21).

Invero, ai sensi dell'art. 106, terzo comma, è consentita l'adozione di decisioni o direttive, recanti norme generali quanto ai gli obblighi che discendono dal Trattato, vincolanti per gli Stati membri per quanto attiene alle imprese di cui ai precedenti due capoversi del medesimo articolo.

Come riconosciuto dalla Corte di Giustizia, il par. 3 dell'art. 106 TFUE integra uno strumento normativo *ad hoc*¹¹: in virtù del quale è stata, limitatamente ai tempi più recenti adottata la Decisione della Commissione, del 20 dicembre 2011 riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE 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. Per quanto di più immediato rilievo in questa sede, la Decisione precisa il significato e la portata della deroga di cui all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE e stabilisce le condizioni in virtù delle quali e le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107 TFUE, proprio perché compatibili con la deroga espressa dall'articolo 106, par. 2, TFUE¹²

11. Di un siffatto potere di intervento normativo -che effettivamente si connota in via generale ed astratta e che potrebbe apparire analogo a quello che nella specie l'articolo 93- ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 di pretende di ricavare dall'articolo 8, comma 2, l. n. 287/90 - non vi è traccia nel sistema nazionale.

Se non è questo l'ambito per approfondire le motivazioni sottese ad una siffatta opzione legislativa, sembra lecito ricavare attraverso il richiamo all'art. 106, par 3 due conseguenze non irrilevanti, ad ulteriore conforto dei temi di merito posti dall'Ordinanza in discorso.

Da una parte, se il potere emanare norme generali per quanto attiene alle imprese di cui all'art. 106, par. 2, TFUE trova il proprio fondamento nel successivo par. 3 dello stesso articolo, appare palese come

¹¹ Sentenza della Corte 19 marzo 1991 nella causa C-202/88, Francia / Commissione: *"l'art. 90, n. 3, del Trattato, consentendo alla Commissione l'adozione di direttive, conferisce alla stessa il potere di emanare norme generali specificanti gli obblighi che discendono dal Trattato, norme vincolanti per gli Stati membri La Commissione esercita tale potere allorché essa, prescindendo dalla particolare situazione esistente nei vari Stati membri, concretizza gli obblighi imposti a questi ultimi dal Trattato"* (par. 14 e 17).

¹² Come noto la Decisione declina i criteri stabiliti dalla Corte di Giustizia nella sentenza della Corte di Giustizia del 24 luglio 2003, Altmark, causa C-280/00, in base alla quale le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107 del trattato se sono rispettate le seguenti quattro condizioni cumulative. In primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro. In secondo luogo, i parametri in base ai quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente. In terzo luogo, la compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire integralmente o parzialmente i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti e di un ragionevole margine di profitto. Infine, quando in un caso specifico la scelta dell'impresa da incaricare dell'esecuzione di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata mediante una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari, avrebbe dovuto sopportare.



alcuna prerogativa di intervento a carattere generale ed astratto possa radicarsi in base più volte citato art. 106, par. 2, isolatamente considerato.

D'altra parte e di conseguenza, un'interpretazione dell'articolo 8, comma 2, l. n. 287/90, tale da avallare la sottrazione in via generale un segmento di attività all'applicazione delle disposizioni della legge n. 287 del 1990, in assenza di qualsiasi valutazione circa il carattere necessario e proporzionato di tale deroga, in relazione alle circostanze di un determinato caso di specie, risulterebbe dissonante rispetto all'articolo 106, par. 2, TFUE e quindi suscettibile di infrangere l'obbligo di interpretazione conforme reso dall'art. 1, comma 4, l. n. 287/90.