

La relazione tra servizi pubblici, tutela della concorrenza e solidarietà nell'ordinamento dell'Unione europea

Daniele Gallo*

SOMMARIO: 1. Oggetto del contributo: perimetrazione di “solidarietà”, “servizio pubblico” e “tutela della concorrenza”. – 2. Nozione di attività economica e solidarietà. – 3. Servizi d’interesse economico generale e solidarietà. – 4. Un caso di studio: il tetto sui ricavi di mercato nel settore energetico. – 5. I servizi d’interesse economico generale quale pilastro della solidarietà europea: l’economia *sociale* di mercato presa sul serio.

1. *Oggetto del contributo: perimetrazione di “solidarietà”, “servizio pubblico” e “tutela della concorrenza”*

Il contributo indaga il ruolo che la solidarietà ricopre nell’ordinamento dell’Unione europea, con riferimento alla regolamentazione dei servizi pubblici e alla tutela della concorrenza. È escluso dall’ambito della riflessione il tema dell’applicazione congiunta delle norme UE sulla cittadinanza con quelle sul mercato interno¹.

* Professore ordinario di diritto dell’Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss (Roma), dgallo@luiss.it. L’articolo costituisce la versione, rivista e aggiornata, della relazione svolta presso l’Università degli Studi di Bari, il 20 marzo 2025, in occasione del convegno su *La solidarietà europea. Avanzamenti, arretramenti e prospettive a 15 anni dalla riforma di Lisbona*, organizzato dai professori Giuseppe Morgese e Valeria di Comite. Sarà pubblicato altresì, in forma ridotta, nel volume collettaneo tratto dal convegno (Bari, Cacucci, 2025).

¹ Si vedano, tra gli altri, N. NIC SHUIBHNE, *The Resilience of EU Market Citizenship*, in *CMLR*, 2010, p. 1597 ss.; E. SPAVENTA, *Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through its Scope*, in D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge, 2017, p. 204 ss.; A. NATO, *La cittadinanza sociale europea ai tempi della crisi*, Bari, 2020; E. SPAVENTA, *Brexit and the Free Movement of Persons: What Is EU Citizenship Really About?*, in N. NIC SHUIBHNE (ed.), *Revisiting the Fundamentals of the Free Movement of Persons in EU Law*, Oxford, 2023, p. 158 ss.; M. VAN DEN BRINK,

L’esame richiede un brevissimo chiarimento preliminare circa la portata del concetto di solidarietà² nell’ordinamento dell’Unione³: si tratta di una nozione dai contorni sfumati, come osservato in letteratura⁴, tuttora “*in the making*”⁵, che le istituzioni UE, inclusa la Corte di giustizia, scelgono di non definire nel suo contenuto, pur esistendo riferimenti alla solidarietà sia quale “principio”,

The Problem with Market Citizenship and the Beauty of Free Movement, in F. AMTENBRINK, G. DAVIES, D. KOCHENOV, J. LINDEBOOM (eds.), *The Internal Market and the Future of European Integration. Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, 2019, p. 246 ss.

² In generale, si vedano, tra gli altri, i contributi raccolti in K. BAYERTZ (ed.), *Solidarity*, Berlin, 1999; S. RODOTÀ, *Solidarietà: Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; S. STJERNO, *Solidarity in Europe: The History of an Idea*, Cambridge, 2005; A. KOLERS, *A Moral Theory of Solidarity*, Oxford, 2016; V. FEDERICO, C. LAHUSEN (eds.), *Solidarity as a Public Virtue? Law and Public Policies in the European Union*, Baden-Baden, 2018.

³ Sul ruolo della solidarietà nel diritto UE si vedano, tra gli altri, P. XUEREB, *The Future of Europe: Solidarity and Constitutionalism. Towards a Solidarity Model*, in *ELR*, 2002, p. 643 ss.; N. KARAGIANNIS, *European Solidarity*, Liverpool, 2007; i contributi raccolti in M. G. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, 2010; I. DOMURATH, *The Three Dimensions of Solidarity in the EU Legal Order: Limits of the Judicial and Legal Approach*, in *JEL*, 2013, p. 459 ss.; A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, p. 213 ss.; F. DE WITTE, *Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, 2015; P. HILPOLD, *Understanding Solidarity Within EU Law: An Analysis of the “Islands of Solidarity” With Particular Regard to Monetary Union*, in *YEL*, 2015, p. 25 ss.; A. GRIMMEL, S. MY GIANG, *Solidarity in the European Union: A Fundamental Value in Crisis*, Berlin, 2017; i contributi raccolti in A. BIONDI, E. DAGILYTĖ, E. KÜÇÜK (eds.), *Solidarity in EU Law: Legal Principle in the Making*, Cheltenham, 2018; i contributi raccolti in E. KASSOTI, N. IDRIZ (eds.), *The Principle of Solidarity: International and EU Law Perspectives*, The Hague, 2023; A. SANGIOVANNI (ed.), *Solidarity – Nature, grounds, and value*, Manchester, 2024.

⁴ G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018, reperibile online, pp. 5-8.

⁵ La citazione è tratta dal titolo della collettanea di A. BIONDI, E. DAGILYTĖ, E. KÜÇÜK (eds.), *op. cit.* Si vedano, tra gli altri, P. HILPOLD, *Solidarität als Rechtsprinzip – völkerrechtliche, europarechtliche und staatsrechtliche Betrachtungen*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (JöR)*, LV, 2007, p. 195 ss.; A. Th. MÜLLER, *Solidarität als Rechtsbegriff im Europarecht*, in C. SEDMAK (ed.), *Grundwerte Europas*, I, *Solidarität: Vom Wert der Gemeinschaft*, Frankfurt, 2010; E. KÜÇÜK, *Solidarity in EU law: an elusive political statement or a legal principle with substance?*, in A. BIONDI, E. DAGILYTĖ, E. KÜÇÜK (eds.), *op. cit.*, pp. 38-60; M. ROSS, *Transnational solidarity: A transformative narrative for the EU and its citizens?*, in *Acta Politica*, 2023, p. 220 ss.; ID., *The EU and the narrative of solidarity*, in M. SEGERS, S. VAN HECKE (eds.), *The Cambridge History of the European Union*, II, Cambridge, 2024, pp. 600-625; T. KONSTADINIDES, *Framing the solidarity constitution*, in *MJECL*, vol. XXXI, 2024, p. 665 ss.; S. GARBEN, *The (slow) redress of the ‘solidarity deficit’ in the EU and the emerging principle of solidarity in EU law*, *ivi*, p. 748 ss.; G. BUTLER, *Solidarity on trial: On reliance, reason and logic at the Court of Justice of the European Union*, *ivi*, p. 772 ss.

generale⁶, costituzionale⁷, scritto e non scritto, sia quale “valore”⁸ oppure “obiettivo”⁹, in fonti di diritto primario e secondario e nella giurisprudenza UE¹⁰.

Nella prospettiva del presente contributo, centrato sul rapporto tra concorrenza e servizi pubblici, la solidarietà presenta una connotazione essenziale¹¹: l’attenzione a finalità e modalità d’intervento differenti da quelle sottese al funzionamento del mercato e al rispetto e alla pratica della libera concorrenza. Ciò implica che un’analisi avente per oggetto la solidarietà, i servizi pubblici e la concorrenza deve confrontarsi con altre categorie, giuridiche e non, tra le quali: la coesione sociale e territoriale, i diritti sociali¹²,

⁶ S. MORANO-FOADI, *Solidarity and Responsibility: Advancing Humanitarian Responses to EU Migratory Pressures*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, p. 123 ss., in particolare pp. 227-230; S. GARBEN, *op. cit.*, p. 748 ss., spec. p. 755-760; L. MARIN, *Solidarity and crises in the European Union: A constitutional principle in the pandemic and energy crises*, Bari, 2024, reperibile online, pp. 12-14, 22-24, 43, 87, 141-148.

⁷ Cfr. conclusioni dell’Avv. gen. Tesauro, del 29 settembre 1992, C-159/91 e C-160/91, *Poucet*; dell’Avv. gen. Jacobs, del 28 gennaio 1999, C-67/96, *Albany*, e del 22 maggio 2003, C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK-Bundesverband e a.*; dell’Avv. gen. Poiares Maduro, del 10 novembre 2005, C-205/03 P, *FENIN*; dell’Avv. gen. Mazák, del 18 novembre 2008, C-350/07, *Kattner Stahlbau*; dell’Avv. gen. Mengozzi, dell’11 novembre 2010, C-437/09, *AG2R Prévoyance*; dell’Avv. gen. Bot, del 17 settembre 2015, C-179/14, *Commissione/Ungheria*, e del 12 novembre 2015, C-453/14, *Knauer*; dell’Avv. gen. Mengozzi, del 26 luglio 2017, C-226/16, *Eni e a.*, punto 33. Si vedano altresì, tra gli altri, M. ROSS, *Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?*, in M. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford-New York, 2010, p. 23 ss., spec. pp. 41-42; R. BIEBER, F. MAIANI, *Sans solidarité point d’Union européenne. Regards croisés sur les crises de l’Union économique et monétaire et du Système européen commun d’asile*, in *RTDE*, 2012, p. 295 ss., spec. p. 297; L. MARIN, *op. cit.*, pp. 12, 17-28.

⁸ Conclusioni dell’Avv. gen. Bot, del 26 luglio 2017, C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria/Consiglio*, parr. 17-18. Si vedano A. GRIMMEL, *Solidarity in the European Union: Fundamental Value or “Empty Signifier”*, in A. GRIMMEL, S. M. GIANG (eds.), *Solidarity in the European Union. A Fundamental Value in Crisis*, Zurich, 2017, p. 161 ss.; G. BUTLER, *Solidarity and its limits for economic integration in the European Union’s internal market*, in *MJECL*, 2018, p. 310 ss., spec. p. 315; F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell’Unione europea e governance economica europea*, Torino, 2020, p. 56.

⁹ Tribunale 15 settembre 1998, T-126/96, *BFM/Commissione*. Si veda altresì G. MORGESE, *Il “faticoso” percorso della solidarietà nell’Unione europea*, in *Quaderni AISDUE*, 2021, Sezione “Atti convegni AISDUE”, n. 6, p. 85 ss., spec. p. 94.

¹⁰ Si veda la ricostruzione di G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri*, cit., pp. 44-56.

¹¹ Per qualche interessante considerazione preliminare si veda M. ROSS, *The EU and the narrative of solidarity*, cit., pp. 600-625, spec. p. 611.

¹² Si veda M. KOHN, *Solidarity and Social Rights*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, n. 5, 2018, p. 561 ss.

il *welfare state*¹³, l'uguaglianza e la redistribuzione delle risorse¹⁴. In particolare, la solidarietà, per sua natura, si pone in tensione con i principi della concorrenza perché il suo obiettivo ultimo prescinde dalla salvaguardia *senza se e senza ma* del mercato, laddove la concorrenza ne è, invece, lo strumento imprescindibile per il suo completamento e rafforzamento.

Si potrebbe obiettare che esiste una componente solidaristica connaturata al diritto della concorrenza poiché i consumatori sono i beneficiari ultimi del *level playing field* associato alla corretta attuazione delle regole *antitrust*¹⁵. Un conto, però, è il consumatore, che si situa al cuore del diritto della concorrenza, un altro è il cittadino utente del servizio pubblico, che si situa al cuore della solidarietà e dei diritti di cui è titolare.¹⁶ Ci può essere, ma non c'è necessariamente, convergenza tra interessi del consumatore e interessi del cittadino dal momento che la solidarietà genera un trasferimento di risorse da una categoria di persone, più avvantaggiata, a un'altra, più svantaggiata, ossia, una redistribuzione delle risorse. Insomma, la solidarietà impone una trasformazione dello *status quo* prodotta da un soggetto sovra-ordinato, nazionale, come lo Stato, e/o da un soggetto sovranazionale, come l'Unione, per ragioni indipendenti dalla creazione di un mercato libero ed efficiente. Essa incide sui rapporti di forza e sulle relazioni contrattuali, rimodulandole in chiave pubblicistica, cioè, per il perseguimento di interessi collettivi. Questo è il motivo per il quale frequentemente la tutela della concorrenza, per un verso, e, per l'altro, la solidarietà, entrano in conflitto. All'origine del conflitto c'è la

¹³ Si vedano i contributi raccolti in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State*, Oxford, 2006; e in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford-Portland, 2005.

¹⁴ Per alcune osservazioni di ordine generale sul principio di solidarietà e sulla sua applicazione nell'ambito della concorrenza si vedano, *inter alia*, C. BARNARD, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *op. cit.*, p. 157 ss., in specie pp. 161-165; T. PROSSER, *Regulation and Social Solidarity*, in *Journal of Law and Society*, 2006, p. 364 ss.; N. BOEGER, *Solidarity and EC Competition Law*, in *ELR*, 2007, p. 319 ss. Secondo O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford, 2006, in specie pp. 23-56, p. 38: «*the feature unifying activities of 'solidarity' is that they are redistributive*». Si vedano altresì M. ROSS, *SSGIs and Solidarity: Constitutive Elements of the EU's Social Market Economy?*, in U. NEERGAARD, E. SZYSZCZAK, J. W. GRONDEN, M. KRAJEWSKI (eds.), *Social Services of General Interest in the EU*, Heidelberg, 2013, p. 287 ss., in specie p. 294; T. THAUVIN, *Les services sociaux dans le droit de l'Union européenne*, Paris, 2016.

¹⁵ Questa idea si ricollega al c.d. *consumer welfare standard*, su cui si veda R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, II ed., New York, 1993. Dal punto di vista del diritto si veda S. ALBÆK, *Consumer welfare in EU competition policy*, in U. B. NEERGAARD, S. T. POULSEN, C. HEIDE-JØRGENSEN, C. BERGQVIST (eds.), *Aims and values in competition law*, Copenhagen, 2013, pp. 67-88.

¹⁶ Si veda *amplius* P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977.

tendenza della solidarietà a produrre effetti redistributivi, come chiarito poc'anzi, quale corollario del principio di uguaglianza.

Fatta questa necessaria premessa, sul piano metodologico, occorre definire e, dunque, perimetrare le due nozioni di concorrenza e servizio pubblico rilevanti ai nostri fini.

Quanto alla concorrenza, per quel che qui interessa, cioè dal punto di vista della regolamentazione dei servizi pubblici, si tratta del diritto primario, in particolare¹⁷, delle norme UE rivolte alle imprese private, ad iniziare dall'art. 102 TFUE, delle norme UE rivolte agli Stati, ad iniziare dall'art. 107 TFUE, e dell'art. 106 TFUE, norma quest'ultima che, pur contenuta nella Sezione I "Regole applicabili alle imprese", è rivolta anche agli Stati, ai quali è imposto, nel paragrafo 1, il divieto di emanare o mantenere, «nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi». Nel paragrafo 2 è inoltre affermato che le imprese incaricate dallo Stato della gestione dei servizi pubblici debbono essere 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 e lo sviluppo degli scambi non [sia] compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione». L'art. 106, par. 2, TFUE disciplinante i servizi pubblici, in effetti, è norma-deroga *antitrust* atipica in quanto, come scritto, non è indirizzata solo alle imprese e non opera esclusivamente come eccezione alle regole sulla concorrenza, ma anche alle libertà di circolazione e al divieto di aiuti di Stati. È norma-deroga-chiave in tema d'intervento pubblico nell'economia che, nel rispetto di una serie di condizioni, consente agli Stati di accordare un trattamento favorevole ad alcune imprese in ragione della natura particolare dei servizi, di rilevanza generale, da esse erogati.

Con riferimento al diritto derivato, si tratta del diritto derivato settoriale vincolante¹⁸, del diritto derivato vincolante non settoriale applicabile agli Stati e/o a una pluralità di imprese¹⁹, del diritto derivato vincolante indirizzato ad

¹⁷ Cfr. anche l'art. 3, par. 1, lett. b), TFUE.

¹⁸ Cfr., *inter alia*, direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE.

¹⁹ Cfr., per esempio, regolamento (UE) 2023/2832 della Commissione, del 13 dicembre 2023, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti *di* importanza minore (*de minimis*) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale.

alcuni Stati²⁰ o ad imprese determinate²¹, e del diritto derivato non vincolante²².

Per quanto riguarda la nozione di servizio pubblico, essa ricomprende tutti quei servizi che hanno come obiettivo ultimo l'assolvimento di una missione d'interesse generale. Essi includono, a una primissima lettura²³, sia le attività non economiche, come l'assistenza a lungo termine per cittadini disabili, disoccupati e il sostegno per la riqualificazione e il reinserimento dei cittadini e degli immigrati nel mondo professionale, sia le attività economiche. In merito a queste ultime, servizio pubblico economico significa i servizi di rete, quali i trasporti, le poste, l'energia, il gas e le telecomunicazioni. Significa, inoltre, la radiodiffusione, la distribuzione dell'acqua e la gestione dei rifiuti e tutte quelle altre attività soggette a un pervasivo processo di privatizzazione e liberalizzazione sin dagli anni Ottanta e non interamente armonizzate. Servizi pubblici sono anche attività un tempo prestate al di fuori di logiche del mercato e concorrenziali, come, tra le altre, la sicurezza sociale e l'edilizia sociale, oggi caratterizzate, in misura più o meno significativa, da una natura prevalentemente economica. In effetti, pochi settori sono di per sé esenti dall'applicazione del diritto UE della concorrenza perché l'attrazione nella sfera economica è stata progressiva nel corso dei decenni. Un'attrazione che assurge a preconditione per l'applicazione del diritto UE dal momento che l'assenza di economicità, qualora l'attività integri una compartecipazione all'esercizio di pubblici poteri oppure sia puramente sociale, implica, a monte, l'esenzione dal diritto *antitrust*, dal divieto di aiuti di Stato e da tutte le altre regole sui servizi

²⁰ Cfr., a titolo esemplificativo, decisione 90/16/CEE della Commissione, del 20 dicembre 1989, relativa alla prestazione del servizio di corriere accelerato nei Paesi Bassi e decisione 2001/176/CE della Commissione, del 21 dicembre 2000, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 86 CE, riguardante la prestazione in Italia di alcuni nuovi servizi postali che garantiscono il recapito a data o ora certe (*Poste italiane*).

²¹ Cfr., *ex multis*, decisione C(2017) 6544 final della Commissione, del 2 ottobre 2017, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 102 TFUE, caso AT.39813 – *Baltic Rail*; decisione C(2018) 3106 final della Commissione, del 24 maggio 2018, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 102 TFUE e dell'articolo 54 dell'Accordo SEE, caso AT.39816 – *Upstream Gas Supplies in Central and Eastern Europe*; decisione C(2024) 135 final della Commissione, del 17 gennaio 2024, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 102 TFUE, caso AT.40735 – *Online Rail Ticket Distribution in Spain*.

²² Commissione europea, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM (2003) 270def., 21 maggio 2003; Commissione europea, *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, COM (2004) 374def., 12 maggio 2004; comunicazione della Commissione, del 20 settembre 2000, I servizi d'interesse generale in Europa, COM (2000) 580def., 2001/C 17/04; comunicazione della Commissione, del 20 novembre 2007, I servizi di interesse generale, inclusi i servizi sociali di interesse generale: una nuova strategia europea; comunicazione della Commissione, del 19 maggio 2016, Nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE, C/2016/2946.

²³ Cfr. *infra*, par. 3.

pubblici di rilevanza economica. Detto in altri termini, il diritto UE trova attuazione solo se l'attività svolta da una o più persone fisiche o giuridiche abbia carattere (prevalentemente) economico²⁴. In particolare, deve trattarsi di un'impresa, in *Höfner* definita come «qualsiasi entità che esercita un'attività economica»²⁵. Competente a decidere, in ultima istanza, circa la qualificazione di un soggetto quale impresa, è la Corte di giustizia. La *ratio*, infatti, sta nell'impedire alle autorità nazionali di restringere, a loro piacimento, tale concetto al fine di escludere il maggior numero possibile di attività dal mercato e mettere così in discussione l'effettività del diritto UE e la sua attuazione uniforme negli ordinamenti nazionali. In quest'ottica, rileva “solamente” il dato concreto della produzione e dello scambio di beni e servizi, a prescindere dallo *status* giuridico dell'ente, dalla sua organizzazione, dalle modalità di finanziamento e dal fine di lucro. Il criterio elaborato dai giudici UE è, quindi,

²⁴ Sulla nozione di attività economica nel diritto dell'Unione europea, con riferimento anche (ma non solo) ai servizi pubblici, si vedano, *inter alia*: J. L. BUENDÍA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law*, Oxford, 1999, in specie pp. 46-63; J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in G. DE BÚRCA (ed.), *op. cit.*, p. 179 ss.; M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005; L. IDOT, *Concurrence et libre circulation. Regards sur les derniers développements*, in *RAE*, 2005, p. 391 ss., in specie p. 397; L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, 2006, in specie pp. 247-335; O. ODUDU, *op. cit.*, pp. 23-56; W. SAUTER, H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, 2009, in specie pp. 75-83; N. DUNNE, *Knowing When to See It: State Activities, Economic Activities, and the Concept of Undertaking*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010, p. 427 ss.; D. GALLO, *Social Security and Health Services Under EU Law: Towards Convergence or Divergence in Competition, State Aids and Free Movement?*, in *EUI RSCAS Working Papers*, n. 19, 2011; V. HATZOPOULOS, *The Economic Constitution of the EU Treaty and the Limits between Economic and Non-economic Activities*, in *European Business Law Review*, 2012, p. 973 ss.; ID., *Regulating Services in the European Union*, Oxford, 2012, pp. 38-96; G. CAGGIANO, *Il concetto d'impresa*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, pp. 47-58, in specie pp. 55-58; D. GALLO, *Riflessioni sulla nozione di attività economica nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, tra diritto antitrust e libertà di circolazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaro*, Napoli, 2014, pp. 1807-1837; C. WEHLANDER, *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, The Hague, 2016, in specie pp. 35-65; E. KLOOSTERHUIS, *Defining non-economic activities in competition law*, in *European Competition Journal*, 2017, p. 117 ss.; J. W. VAN DE GRONDEN, *Services of General Interest and the Concept of Undertaking: Does EU Competition Law Apply?*, in *World Competition*, n. 41, 2018, p. 197 ss.; D. GALLO, *L'economicità alla luce della giurisprudenza UE e della prassi della Commissione sui servizi socio-sanitari*, in *DUE*, n. 2, 2019, p. 287 ss.; ID., *Functional Approach and Economic Activity in EU Competition Law, Today: The Case of Social Security and Healthcare*, in *EPL*, vol. 26, 2020, p. 569 ss.; L. ZHU, *Services of General Economic Interest in EU Competition Law. Striking a Balance Between Non-economic Values and Market Competition*, Dordrecht, 2020, in specie pp. 40-59.

²⁵ Cfr. Corte giust. 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner*, punto 21.

funzionale. Anche con riguardo all'attività esercitata da un ente pubblico, la Corte di giustizia ha affermato, nella sentenza *Amministrazione monopoli di Stato* del 1987, che è economica «qualsiasi attività che consiste nell'offrire merci o servizi su un determinato mercato»²⁶.

È chiaro, perciò, che più l'attività è caratterizzata da elementi di economicità, meno la solidarietà assume un ruolo decisivo, meno, cioè, l'attività può essere sottoposta a principi e criteri differenti da quelli di tipo mercatistico. Ciò dipende, caso per caso, da com'è regolamentato quel dato settore d'interesse generale nei vari ordinamenti nazionali²⁷.

2. *Nozione di attività economica e solidarietà*

Dalle osservazioni contenute nel par. 1 si desume che la presenza e la prevalenza di elementi solidaristici è il discrimine tra attività economica e attività non economica, dunque tra attività sottoposte all'applicazione del diritto UE della concorrenza e attività che non lo sono²⁸. Ciò riguarda evidentemente anche i servizi pubblici. In questo senso la solidarietà è strumento di regolazione e di delimitazione dei rapporti (e dei limiti) tra diritto dell'Unione e diritti nazionali²⁹. Come enunciato nell'art. 2 del Protocollo n. 26 sui servizi d'interesse generale, «le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico».

Due settori, particolarmente interessati da considerazioni di tipo solidaristico, sono paradigmatici: sicurezza sociale e sanità³⁰.

²⁶ Cfr. Corte giust. 16 giugno 1987, 118/85, *Amministrazione monopoli di Stato*, punti 6-10. Cfr. altresì le seguenti sentenze: Corte giust. 11 luglio 1985, 107/84, *Commissione/Germania*, punti 14-15; Corte giust. 24 ottobre 2002, C-82/01 P, *Aeroporti di Parigi*, punto 75.

²⁷ Cfr. comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, TFUE, C/2016/2946, cit., punto 13.

²⁸ Si veda, tra gli altri, J. L. BUENDÍA SIERRA, *op. cit.*, p. 50; S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 2004, p. 75 ss.

²⁹ Al riguardo sono particolarmente interessanti le osservazioni di T. PROSSER, *Regulation and Social Solidarity*, cit., p. 365, il quale individua nella solidarietà la terza «*rationale for regulation*», insieme a quella «*based on economic principles*» e a quella «*based on individual rights*». Secondo l'autore, «[t]he third rationale, that of social solidarity, is relatively neglected, but has found expression in continental legal concepts of public service and in some aspects of the Community law approach to services of general interest».

³⁰ D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 192, pp. 285-294 e pp. 388-393; ID., *Functional Approach*, cit., p. 569 ss.; ID., *Public Services and EU Competition Law. The Social Market Economy in Action*, Oxon-New York-Torino, 2021, pp. 17-28 e 68.

Con particolare riguardo alla sicurezza sociale, Tribunale, Corte di giustizia e Commissione, pur avendo spesso adoperato il criterio funzionale³¹, per cui la natura pubblicistica dell'ente o del finanziamento da esso ricevuto è stato ritenuto irrilevante, hanno preferito adottare un approccio diverso in molte occasioni. Le istituzioni UE, quindi, nel privilegiare un criterio funzionale *temperato* in un numero non trascurabile di casi³², non ragionano soltanto, in termini potenziali, di mercato. L'attenzione è sul *come* il sistema considerato è in concreto regolamentato nello Stato membro, con particolare attenzione alla possibile prevalenza di alcuni indici rispetto ad altri³³. Si tratta, pertanto, di un temperamento significativo del criterio funzionale.

In un tale contesto la Corte di giustizia ha ritenuto che gli indici di solidarietà, sulla base dei quali individuare le attività prive di carattere economico, dovessero essere i seguenti: il fine esclusivamente sociale perseguito dal regime³⁴; lo scopo non di lucro³⁵; l'iscrizione obbligatoria³⁶; l'autonomia delle prestazioni dall'importo dei contributi versati³⁷; la non necessaria proporzionalità tra l'importo delle prestazioni versate e i redditi dell'assicurato³⁸; il controllo dello Stato³⁹. Come affermato in *Poucet et Pistre*, il regime esula dall'economicità se è espressione della solidarietà distributiva, intergenerazionale e finanziaria⁴⁰. La solidarietà distributiva determina «una redistribuzione del reddito tra i più abbienti e quelli che, in mancanza di un regime del genere e in ragione dei loro mezzi e delle loro condizioni di salute, sarebbero privati della necessaria tutela previdenziale»⁴¹. Nell'ambito della

³¹ Nella giurisprudenza cfr., *inter alia*, *Albany*, sopra citata, punti 81 e 85; Corte giust. 12 settembre 2000, C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov*, punto 75; Tribunale 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA*; Corte giust. del 3 marzo 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*, punti 44, 50-51, 53-65. Quanto alla prassi della Commissione, cfr., per esempio, decisione della Commissione C(2016) 380 *final State Aid SA.41702 (2016/NN)*, *Ireland Risk Equalisation Scheme*, del 29 gennaio 2016.

³² Si veda D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 288. Si veda F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, Napoli, 2011, in specie pp. 47-49.

³³ Cfr. comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, TFUE, cit., punto 22.

³⁴ Cfr. Corte giust. 22 gennaio 2002, C-218/00, *Cisal*, punto 45.

³⁵ Cfr. Corte giust. 16 marzo 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*, punti 47-55.

³⁶ Cfr. Corte giust. 17 febbraio 1993, C-159/91 e C-160/91, *Poucet et Pistre*, punto 13.

³⁷ *Ibidem*, punti 15-18.

³⁸ Cfr. *Cisal*, sopra citata, punto 40.

³⁹ Cfr. *Poucet et Pistre*, sopra citata, punto 14; *Cisal*, sopra citata, punti 43-48; *AOK Bundesverband e a.*, sopra citata, punti 51-55.

⁴⁰ Si veda F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, p. 46.

⁴¹ Cfr. *Poucet et Pistre*, sopra citata, punto 10.

solidarietà intergenerazionale i contributi versati dai lavoratori in attività finanziano le pensioni dei lavoratori a riposo⁴². La solidarietà finanziaria implica che risorse vengano trasferite da regimi eccedentari a regimi con difficoltà finanziarie⁴³.

Nel caso *Dovera zdravotná poisťovňa*⁴⁴ sia la Commissione che la Corte di giustizia, in merito a una serie di misure adottate dalla Repubblica Slovacca in favore delle società pubbliche di assicurazione *Všeobecná zdravotná poisťovňa* e *Spoločná zdravotná poisťovňa*, sulla base dei fattori sopra ricordati, hanno affermato che le misure in questione non costituissero aiuti di Stato, trattandosi di un regime di assicurazione obbligatoria, cioè privo di carattere economico nel suo complesso, con la conseguenza che le norme sugli aiuti di Stato non sono state considerate applicabili⁴⁵.

Alla base di questa prassi⁴⁶ c'è l'idea che lo Stato, quando l'azione che svolge è orientata all'assolvimento di funzioni di carattere pubblicistico, connotate da finalità redistributive, non quindi quando interviene come operatore di mercato, deve essere ritenuto esente dall'applicazione del diritto dell'Unione.

Quanto al settore sanitario, le istituzioni UE, pur avendo ritenuto economiche diverse attività di tipo sanitario⁴⁷, frequentemente negano che il servizio erogato dall'ospedale pubblico sia economico, l'ospedale possa considerarsi impresa e, dunque, il diritto *antitrust* trovi attuazione. In questo modo, l'attenzione alla circostanza che il finanziamento dell'ospedale sia pubblico, cioè, provenga non dall'utente del servizio (il paziente) ma dalla fiscalità generale (lo Stato), determina un'evidente rivalutazione della dicotomia pubblico/privato, con la conseguente significativa relativizzazione del criterio funzionale. Il caso, risalente ma paradigmatico, relativo agli enti di gestione spagnoli del *Sistema Nacional de Salud*, e quello, più recente, concernente in particolare gli ospedali laziali⁴⁸, nei quali la loro natura economica è stata esclusa, mostrano la centralità assunta da considerazioni solidaristiche nel ragionamento delle istituzioni UE. Come sottolineato dall'Avvocato generale Poirares Maduro nelle sue conclusioni rese nella causa *Fenin*, l'individuazione del punto di equilibrio tra la tutela della concorrenza

⁴² *Ivi*, punto 11.

⁴³ *Ivi*, punto 12.

⁴⁴ Cfr. Tribunale 5 febbraio 2018, T-216/15, *Dôvera zdravotná poisťovňa/Commissione*.

⁴⁵ Corte giust. 11 giugno 2020, C-262/18 e C-271/18 P, *Commissione/Slovacchia*.

⁴⁶ Si veda, in senso contrario, ad esempio, Corte giust. 22 ottobre 2015, C-185/14, *EasyPay*.

⁴⁷ Corte giust. 25 ottobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, punti 18-22 e, in particolare, punto 20; 11 luglio 2006, C-205/03 P, *FENIN*.

⁴⁸ Decisione della Commissione C(2017) 7973 def, del 4 dicembre 2017, *Aiuto di Stato SA.39913 (2017/NN) – Italia Presunta compensazione delle strutture ospedaliere pubbliche in Lazio*.

ed il rispetto delle competenze degli Stati membri non può prescindere dal duplice assunto che «[i]l potere dello Stato, che viene esercitato nella sfera politica, è soggetto al controllo democratico» e che «[u]n tipo diverso di controllo viene imposto agli operatori economici che agiscono su un mercato», essendo «la loro condotta (...) inquadrata dal diritto della concorrenza»⁴⁹. Inoltre, l'Avvocato generale rileva che «[n]on avrebbe certo alcun senso introdurre esigenze concorrenziali in settori che non presentano le caratteristiche di un mercato» e che «lo Stato non agisce principalmente come un operatore di mercato, poiché uno dei suoi compiti precipui consiste nell'attuazione di meccanismi di redistribuzione (...), essendo dettata unicamente da un fine solidaristico, l'azione dello Stato è estranea alla logica del mercato»⁵⁰. Ad avviso della Corte di giustizia in *Fenin*, in particolare, gli enti spagnoli non svolgevano alcun servizio economico poiché il principio che li guidava era quello di solidarietà e perché l'origine pubblica del finanziamento escludeva l'esistenza di una remunerazione⁵¹.

Per quel che concerne gli ospedali laziali, secondo la Commissione, il fatto che il sistema sanitario nazionale, a seguito dei processi di modernizzazione iniziati negli anni Novanta, presentasse alcune caratteristiche tipiche di un sistema guidato da principi di natura economica, tra cui *in primis* l'aziendalizzazione⁵², non avrebbe dovuto portare a privilegiare un approccio integralmente funzionale. Al contrario, nella decisione viene sottolineato che occorre capire come il servizio sia concretamente effettuato nello Stato membro, tenuto conto dell'origine e delle modalità del suo finanziamento. In un tale quadro, la Commissione, osservando che le riforme attuate negli anni in Italia fossero finalizzate proprio ad assicurare solidarietà e universalità, chiarisce che la natura non economica delle prestazioni era garantita dai seguenti fattori: l'accessibilità per tutti i cittadini a servizi di assistenza sanitaria di pari livello; l'obbligo per tutti gli ospedali pubblici di fornire cure mediche gratuitamente (o quasi); il finanziamento dei servizi a partire dal bilancio dello Stato, con la partecipazione dei cittadini, in particolare attraverso i contributi sociali⁵³.

⁴⁹ Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Poiares Maduro, del 10 novembre 2005, C-205/03 P, *FENIN/Commissione*, par. 26.

⁵⁰ *Ivi*, par. 27.

⁵¹ *Ivi*, parr. 25-29.

⁵² Cfr. decisione della Commissione C (2017) 7973, cit., punti 11-22.

⁵³ *Ivi*, punti 54, 57-62.

3. *Servizi d'interesse economico generale e solidarietà*

La circostanza che il diritto UE consideri la solidarietà un parametro importante per derogare, in alcuni settori e con riferimento ad alcune modalità di prestazione dei servizi, alla progressiva ricomprensione dei servizi d'interesse generale nell'alveo dell'economico, non significa che la solidarietà, quale interesse da contemperare con l'interesse sotteso al funzionamento del mercato e alla tutela della concorrenza, “scompaia” laddove il servizio pubblico, come accade nella maggior parte dei casi, sia qualificato alla stregua di un'attività economica. È vero il contrario: si pensi alla variegata disciplina UE sui servizi d'interesse economico generale, su servizi, cioè, d'interesse generale e di carattere economico, la quale si poggia su una duplice necessità. La prima: nel presupposto che tra interesse generale e libera concorrenza c'è spesso convergenza e strumentalità reciproca, tanto che «al fine di evitare che la loro azione conduca ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, gli Stati devono necessariamente tenere conto dell'interesse pubblico»⁵⁴, i servizi d'interesse economico generale devono essere normalmente erogati in un contesto concorrenziale. La Commissione, infatti, nell'introduzione alla sua comunicazione del 2000 sui servizi d'interesse generale⁵⁵, afferma che «i servizi di interesse economico generale, il mercato interno e la politica in materia di concorrenza della Comunità, lungi dall'essere incompatibili», sono «complementari», «la loro interazione» risolvendosi in un «vantaggio di ogni cittadino e della società nel suo insieme»⁵⁶. Questo tipo di impostazione è confermata prima nel libro verde sui servizi di interesse generale⁵⁷, ove si ravvisa un «collegamento coerente e armonioso tra l'obiettivo di mantenere alta la qualità dei servizi di interesse generale e la rigorosa applicazione delle regole della concorrenza e del mercato interno»⁵⁸ e poi nel libro bianco sui servizi di interesse generale⁵⁹, nel quale la Commissione chiarisce di essere convinta che «l'obiettivo di creare un mercato interno aperto e competitivo sia compatibile con l'obiettivo di sviluppare dei servizi di interesse generale accessibili, di alta qualità e a prezzi abbordabili»⁶⁰. Nel contempo, la circostanza che le istituzioni UE non ravvisino alcuna situazione di inevitabile e

⁵⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, Corte giust. 1° ottobre 1998, C-38/97, *Librandi*, punto 45.

⁵⁵ Comunicazione della Commissione, del 20 settembre 2000, I servizi d'interesse generale in Europa, COM (2000) 580def., 2001/C 17/04.

⁵⁶ Cfr. comunicazione della Commissione, del 20 settembre 2000, cit., punto 3 dell'introduzione.

⁵⁷ COM (2003) 270def., cit., punto 5.

⁵⁸ Cfr. COM (2003) 270def., cit., punto 12.

⁵⁹ COM (2004) 374def., cit.

⁶⁰ *Ivi*, punto 3.2.

aprioristico conflitto tra servizi d'interesse economico generale e concorrenza non implica che, in concreto, le condizioni richieste all'impresa incaricata dell'erogazione di detti servizi siano insuscettibili di generare effetti distorsivi sui meccanismi del mercato e sull'applicazione delle regole di concorrenza. Al contrario, tali condizioni, finalizzate al perseguimento dell'obiettivo primario di accesso alle prestazioni piuttosto che di massimizzazione degli utili, si impongono inevitabilmente sul comportamento delle imprese, orientandole verso criteri, principi ed obiettivi extra-economici che potrebbero venire disattesi qualora le norme sulla concorrenza fossero rispettate nella loro totalità. Da qui la seconda necessità che definisce la disciplina UE sui servizi d'interesse economico generale: qualora l'applicazione delle norme sulla concorrenza metta in discussione il rispetto degli obblighi di servizio pubblico, la logica del mercato connessa, soprattutto ma non solo, al divieto dell'abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 TFUE e al divieto degli aiuti di Stato di cui all'art. 107 TFUE, deve cedere rispetto all'assolvimento della missione d'interesse generale. È quanto prevede l'art. 106, par. 2, TFUE: «[L]e 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»⁶¹. Gli obblighi di servizio pubblico di cui trattasi sono individuati, innanzitutto, nell'art. 1 del sopra citato Protocollo n. 26 sui servizi d'interesse generale: «alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente». Obblighi, peraltro, che – è scritto nel medesimo art. 1 del

⁶¹ Sulle caratteristiche generali della norma si vedano le seguenti voci: A. PAPPALARDO, *Commento all'articolo 90*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità europea. Commentario*, vol. II, Milano, 1965, p. 676 ss.; I. PERNICE, *Art. 90*, in E. GRABITZ (hrsg.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München, 1992, p. 7; I. F. HOCHBAUM, *Artikel 90*, in N. VON DER GROEBEN, H. THIESING, C. D. EHLERMANN (hrsg.), *Kommentar zum EU/EG-Vertrag*, V, Band II, Baden-Baden, 1999, p. 1684 ss.; H. CHAVRIER, *Article 86 (ex-article 90)*, in P. LÉGER (sous la direction de), *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Paris-Bruxelles, 2000, p. 768 ss.; M. C. BARUFFI, *Art. 86*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, p. 448; C. JUNG, *Art. 86 (ex-Art. 90)*, in C. CALLIESS, M. RUFFERT (hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, vol. II, Krieffel, 2002, p. 1131 ss.; C. KOENIG, J. KÜHLING, *Art. 86*, in R. STREINZ (hrsg.), *EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München, 2003, p. 1117 ss.; A. GARDELLA, *Articolo 86*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 577; F. M. DI MAJO, *Articolo 86 [ex 90]*, in L. FERRARI BRAVO, A. RIZZO (a cura di), *Codice dell'Unione europea*, vol. III, Milano, 2008, pp. 373-374.

Protocollo – devono essere attuati tenuto conto della «diversità tra i vari servizi di interesse economico generale» e delle «differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse» e che sono integrati da altri obblighi richiamati nel diritto derivato, *soft* e *hard*, settoriale e meno, tra cui «la continuità» della fornitura del servizio⁶², «l'adattamento»⁶³, «l'obbligatorietà/la doverosità»⁶⁴ e, in particolare nei settori dei trasporti e dell'energia, «la sicurezza»⁶⁵. L'Unione individua e impone, pertanto, una serie di obblighi di servizio pubblico in capo alle autorità nazionali, la cui funzione è quella di garantire l'accesso a prestazioni di interesse generale da parte degli utenti, in tutti quei casi in cui il mercato non sia in grado di provvedere autonomamente alla loro erogazione. In quest'ottica, i servizi d'interesse economico generale, indissolubilmente associati al rispetto di obblighi di servizio pubblico, si comportano come una deroga alle norme sul mercato e sulla concorrenza⁶⁶.

La solidarietà, peraltro, non rileva soltanto in riferimento, a monte, alla distinzione tra economico e non economico, come osservato nel par. 2, ma anche rispetto all'interpretazione, più o meno, flessibile della deroga di cui all'art. 106, par. 2 TFUE e al ruolo costituzionale dei servizi d'interesse economico generale nell'ordinamento UE. Quanto al primo aspetto, come si rileva dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, perché la deroga alla concorrenza possa trovare attuazione non è più necessario, com'era un tempo, che risulti minacciato l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione del servizio pubblico, essendo sufficiente che il soggetto che eroga il servizio pubblico lo faccia «in condizioni economicamente accettabili»⁶⁷. Quanto al secondo aspetto, la comunitarizzazione della nozione di servizio d'interesse economico generale,

⁶² Cfr. l'art. 3, par. 1, della direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, sui servizi postali, e l'art. 3, par. 3, della direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa al mercato interno del gas naturale; cfr. altresì l'art. 3, par. 2, della direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

⁶³ Con la nozione di adattamento si fa riferimento ai profili organizzativi e funzionali del servizio, improntati al progresso tecnologico ed all'evoluzione dei bisogni sociali.

⁶⁴ Sul punto si veda F. GOGGIAMANI, *La doverosità nei servizi pubblici*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei servizi pubblici*, 2001, p. 18 ss.

⁶⁵ Cfr. COM (2003) 270def., cit., punto 3.2.

⁶⁶ D. GALLO, *Public Services and EU Competition Law*, cit., pp. 47-52, 63 e 73-74.

⁶⁷ Corte giust. 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau*, punti 16-18; 23 ottobre 1997, C-157/94, *Commissione/Paesi Bassi*, punti 53-64; 10 febbraio 2000, C-147/97 e C-148/97, *Deutsche Post*, punti 49-54; Tribunale 25 marzo 2015, T-556/08, *Slovenská pošta a.s./Commissione*, punti 363-367.

ossia l'individuazione di obblighi di servizio pubblico a livello europeo, pur avendo gli Stati ampia autonomia nella definizione dei servizi d'interesse economico generale, consente di delineare, in positivo e non soltanto in chiave derogatoria, un concetto comunitario di interesse generale⁶⁸. Insomma, i servizi d'interesse economico generale sono anche valore e obbligo positivo, non “semplicemente” deroga, e questa *positivizzazione* passa, innanzitutto, per l'art. 14 TFUE, letto insieme all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali. L'affermazione, nel diritto UE, di una funzione positiva, oltre che negativa, dei servizi di interesse economico generale, rappresenta oramai “un punto di non ritorno” nell'ambito di qualsiasi indagine sul tipo di costituzione economica e sociale diretta a conciliare sviluppo e competitività. Essa costituisce il perno intorno al quale prende forma ed evolve il cosiddetto modello sociale europeo, di cui i servizi pubblici sono un valore fondante⁶⁹.

⁶⁸ Sottolineano, in particolare, il processo di comunitarizzazione dei servizi di interesse economico generale – ed i suoi limiti – M. ROSS, *Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation*, in *ELR*, vol. 25, 2000, p. 22; F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *DUE*, n. 1, 2002, p. 39 ss.; V. ROJANSKI, *L'Union européenne et les services d'intérêt général*, in *RDUE*, n. 4, 2002, p. 735 ss.; C. BOUTAYEB, *Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire*, in *RTDE*, n. 4, 2003, p. 587 ss.; G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, in specie pp. 413-426; N. BOEGER, *Re-visiting Services of General Interest: What model for the Union?*, *EUI LLM Thesis*, Florence, 2004; M. ROSS, *The Europeanization of Public Services Supervision: Harnessing Competition and Citizenship?*, in *YEL*, 2004, p. 303 ss.; P. M. HUBER, *L'armonizzazione dei servizi di interesse economico generale in Europa ed i suoi limiti*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, p. 86 ss.; i contributi in M. MANGENOT (sous la direction de), *Administrations publiques et services d'intérêt général: quelle européanisation?*, Maastricht, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, in specie pp. 33-54; ID., *Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest*, in *EPL*, vol. 11, 2005, p. 565 ss.; T. PROSSER, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*, Oxford, 2005, in specie pp. 121-173; G. NAPOLITANO, *L'armonizzazione regolatoria dei servizi di interesse economico generale in Europa*, in M. P. RAGIONIERI, M. MARESCA (a cura di), *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, Milano, 2006, p. 41 ss.; E. SZYSZCZAK, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford-Portland, 2007, in specie pp. 211-253; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, in specie pp. 79-106; P. BAUBY, F. CASTEX, *Europe: une nouvelle chance pour le service public*, Paris, 2010; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 373-374; K. KRAUS, *Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zwischen Wettbewerb und Europäischen Verträgen*, in *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU)*, vol. 43, n. 4, 2020, p. 435 ss.; L. ZHU, *Services of General Economic Interest in EU Competition Law. Striking a Balance Between Non-economic Values and Market Competition*, Den Haag, 2020, pp. 1-57; D. GALLO, *Public Services and EU Competition Law*, cit., pp. 65 e 117.

⁶⁹ D. GALLO, *Public Services and EU Competition Law*, cit., pp. 73-74.

In particolare, l'art. 14 TFUE stabilisce che, «in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale», l'Unione e gli Stati membri «provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti». Quanto all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali, esso prevede che «al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali».

Le due norme rendono palese, per un verso, che i servizi d'interesse economico generale fanno parte dei valori di cui si compone l'ordinamento UE, per l'altro, che esiste uno stretto e naturale collegamento tra servizi d'interesse economico generale, obblighi di servizio pubblico e coesione sociale e territoriale. Una nozione, quella di coesione sociale e territoriale, non definita in alcun atto UE, proprio come la nozione di solidarietà, e che presenta un chiaro nesso con quest'ultima. Come precisato dalla Commissione nella sua comunicazione sui servizi di interesse generale, «i cittadini chiedono anche che si presti attenzione ad un insieme di aspetti di più ampia natura, che comprende (...) una copertura territoriale completa dei servizi essenziali, che devono raggiungere anche zone distanti o inaccessibili»⁷⁰; secondo la Commissione, in effetti, «l'esistenza di una rete di servizi d'interesse generale costituisce un elemento essenziale della coesione sociale; per contro, la scomparsa di tali servizi è il segno eloquente di un processo di desertificazione di una zona rurale o del degrado di una città»⁷¹. Nel libro bianco sui servizi di interesse generale è inoltre scritto che l'«eliminazione degli svantaggi causati dalla mancanza di accessibilità nelle regioni ultraperiferiche» rappresenta un fondamentale strumento «per evitare che i gruppi sociali o le regioni vulnerabili siano esclusi dall'accesso ai servizi essenziali». Pertanto, tra gli elementi costitutivi della politica di coesione, si affianca, alla politica strutturale e a quella per l'occupazione, anche l'intervento nel settore dei servizi pubblici⁷². Un intervento non ispirato da considerazioni di tipo economico: nonostante l'inserimento della locuzione «coesione economica, sociale e territoriale» nell'art. 3, par. 3, TUE, nell'art. 4, par. 2, lett. c), TFUE e nel titolo XVIII

⁷⁰ Cfr. il punto 10 della comunicazione della Commissione, del 20 settembre 2000, cit.

⁷¹ *Ivi*, punto 54.

⁷² È quanto fa notare C. BUZZACCHI, *Le politiche comunitarie e il principio della coesione economica e sociale*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile costituzione europea*, Bologna, 2001, pp. 59-107.

(articoli 174-178) del TFUE e nel Protocollo n. 28 sulla coesione ad opera del Trattato di Lisbona, va sottolineato il fatto che è rimasta inalterata, ad oggi, la locuzione «coesione sociale e territoriale» sia nell'art. 14 TFUE sia nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali. La *ratio* va individuata nel tentativo di enfatizzare il più possibile il ruolo del “sociale”, in relazione all’eliminazione delle sperequazioni tariffarie, piuttosto che dell’“economico”, nelle politiche di coesione sostenute dalle istituzioni UE. Alla base di tale scelta si pone l’idea che il mercato debba realizzarsi non solo nel rispetto dell’integrazione economica, ma, con riferimento ai servizi di interesse economico generale, anche di un’integrazione di tipo sociale⁷³. Come notato in letteratura, mentre la coesione economica mira a ridurre le differenze tra i vari Stati membri prevalentemente in termini di prodotto interno lordo (PIL), la coesione sociale investe la disparità legislativa, in senso più ampio di tutela, nel settore dei servizi essenziali, dall’istruzione e la sanità alla fornitura di acqua, elettricità, gas, ecc.⁷⁴. Ciò spiega perché il Trattato di Lisbona, nel quale assumono grande peso le istanze di tutela sociale sottese ai servizi di interesse economico generale, non associ alla coesione sociale e territoriale anche l’aspetto economico.

Il nesso funzionale tra coesione e servizi si declina, in particolare, per l’interdipendenza, sul piano degli obiettivi perseguiti, tra coesione sociale e territoriale e servizio universale, inteso come «insieme minimo di diritti ed obblighi»⁷⁵, «efficace rete di sicurezza per coloro che non sarebbero altrimenti in grado di acquistare a titolo personale i servizi essenziali»⁷⁶ e sintomo-strumento del fenomeno di progressiva europeizzazione di integrazione dei mercati e dei diritti. La politica di coesione e il servizio universale mirano entrambi a ridurre le disuguaglianze, nel presupposto che il concetto di servizio universale si caratterizza per la natura non illimitata delle risorse finanziarie a disposizione degli Stati, ai quali è richiesto di operare una scelta, cioè di garantire agli utenti il minimo essenziale a prezzi accessibili⁷⁷. Come evidenziato in dottrina, l’importanza della politica di coesione e del rapporto tra tale politica e le altre politiche comunitarie tocca uno degli aspetti cruciali

⁷³ T. PROSSER, *The Limits of Competition Law*, cit.; ID, *Regulation and Social Solidarity*, cit., p. 364 ss.

⁷⁴ Sul punto, si veda, con riferimento però solamente ai servizi sociali di interesse economico generale, M. AMPARO GRAU RUIZ, *La protección del interés económico general y de la cohesión social y territorial en la Unión Europea*, in *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. III, Valencia, 2004, p. 103 ss., p. 105.

⁷⁵ Cfr. comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007, *I servizi d’interesse generale in Europa*, cit., punto 3.

⁷⁶ Cfr. COM (2004) 374def., cit., punto 3.3.

⁷⁷ M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, p. 181 ss., spec. p. 199.

dell’intero disegno di integrazione, evidenziandone ora i limiti, ora il potenziale di sviluppo⁷⁸. Ed è proprio nella profonda interconnessione tra servizi d’interesse economico generale, universalità e coesione sociale e territoriale che si situa la solidarietà. Che esista questa relazione è evidente se si considera che l’art. 36 della Carta ha per oggetto l’accesso a detti servizi e la coesione sociale e territoriale e che questa norma è contenuta nel Titolo IV intitolato “Solidarietà”.

Alla luce di quanto fin qui osservato, il concetto di coesione va inteso in senso ampio, tale da includere, attraverso un’interpretazione estensiva, se non tutti, una buona parte dei valori di carattere sociale dell’Unione. Ebbene, nonostante i diritti sociali abbiano una natura storicamente condizionata, relativa, mutando il loro livello di tutela in funzione del differente ruolo attribuito allo Stato e al mercato nei vari Paesi membri, alcune prestazioni essenziali devono essere garantite a tutti. Proprio dall’esistenza di questo nocciolo duro emerge e si sviluppa il concetto di cittadinanza sociale europea. Un concetto che non attiene solamente ai servizi sociali di rilevanza non economica ma all’intera categoria dei servizi pubblici, la cui crescente rilevanza nell’ordinamento dell’Unione contribuisce ad orientare la costruzione della cittadinanza dell’Unione nella direzione di ricomprensivi non più solo i diritti civili-politici riconosciuti dal Trattato e dalla Carta dei diritti, ma anche l’accesso, l’organizzazione e la distribuzione dei cosiddetti *public goods*⁷⁹.

Per quel che riguarda lo specifico rapporto tra servizi di interesse economico generale, diritti fondamentali e cittadinanza⁸⁰, alcune affermazioni

⁷⁸ Così G. TESAURO, *La politica di coesione ed il rapporto con le altre politiche comunitarie: filosofia neoliberalista o interventista nella Costituzione economica comunitaria*, in A. PREDIERI (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell’Unione europea. Atti del convegno, Firenze, 12-13 maggio 1995*, Milano, 1996.

⁷⁹ Sul punto si veda M. ROSS, *Article 16 EC and Services of General Interest*, cit., p. 37. Sul nesso tra accesso ai servizi, diritti sociali e diritti di partecipazione si vedano G. GRAHAM, *Regulating Public Utilities: A Legal and Constitutional Approach*, Oxford, 2000, pp. 192-194; T. PROSSER, *Theorising Utility Regulation*, in *Modern Law Review*, 1999, pp. 216-217.

⁸⁰ Sulla relazione tra servizi pubblici, cittadinanza europea e diritti fondamentali si vedano, oltre ad alcuni spunti contenuti nelle opere citate *supra*, nella nota 104, P. BAUBY, J.-C. BOUAL, *Pour une citoyenneté européenne. Quels services publics?*, Paris, 1994; M. FREEDLAND, *The Marketization of Public Services*, in C. CROUCH, K. EDER, D. TAMBINI, *Citizenship, Markets, and State*, Oxford, 2000, p. 90 ss.; la raccolta di contributi in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (eds.), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998; J. E. BENNEN, *Citizenship, nationality and access to public service employment: the impact of European Community Law*, Groningen, 2001, con particolare riguardo al diritto di accesso ai servizi gratuiti prestati dall’ufficio di collocamento; A. LYON-CAEN, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Paris, 2001; B. NABLI, *op. cit.*; M. ROSS, *The Europeanization of*

della Commissione sono particolarmente significative. Nel libro verde sui servizi di interesse generale, quest'ultima istituzione rileva che «i servizi di interesse generale sono un elemento portante della cittadinanza europea e rappresentano una parte dei diritti goduti dai cittadini europei ed un'opportunità di dialogo con le autorità pubbliche nel contesto di una corretta *governance*»⁸¹. Negare il collegamento dei servizi d'interesse economico generale con lo *status* della cittadinanza europea «*viderait la citoyenneté d'une partie essentielle de sa substance et les services d'intérêt général d'une partie de leur raison d'être*», dal momento che «*l'accès aux services d'intérêt générale et la citoyenneté constitue (...) un socle à l'épanouissement de la démocratie (...) l'accès aux services d'intérêt général est une voie d'accès à une citoyenneté pleine et entière*»⁸². L'accesso ai servizi di interesse economico generale costituisce, dunque, un essenziale fattore di inclusione sociale, capace di enfatizzare la figura del cittadino-utente, in linea con la nozione durkheimiana⁸³ di «interdipendenza *sociale*» e di «*lien collectif entre l'ensemble des individus*»⁸⁴. Ben altra storia è se tale accesso, per come garantito dall'art. 36 della Carta⁸⁵, sia da intendersi quale diritto dotato di effetto diretto, sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato, dunque, da poter essere invocato dal singolo di fronte al giudice nazionale e chiedere a

Public Services Supervision, cit., p. 303 ss.; T. PROSSER, *The Limits of Competition Law*, cit.; F. ROSSI DAL POZZO, I *diritti fondamentali dei cittadini comunitari nei servizi di trasporto aereo*, in *DUE*, 2006, p. 509 ss., con particolare riguardo al settore del trasporto aereo.

⁸¹ Cfr. COM (2003) 270def., cit., punto 2.

⁸² B. NABLI, *op. cit.*, pp. 28-29 (corsivo aggiunto).

⁸³ Vedi É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893; trad. it. *La divisione del lavoro sociale*, trad. da F. AIROLDI NAMER, presentazione di A. PIZZORNO, Milano, 2021.

⁸⁴ Così J.-M. BLANQUER, *Léon Duguit et le lien social*, in S. DECRETON (sous la direction de), *Services publics et lien social*, Paris, 1999, p. 77 (corsivo aggiunto).

⁸⁵ A. LUCARELLI, *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 251 ss.; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *DUE*, 2002, p. 633 ss.; E. SZYSZCZAK, *Article 36: Access to Services of General Economic Interest*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2016, p. 999 ss.; J. ZEMANEK, *Access to Services of General Economic Interest Under Article 36 of the Charter of Fundamental Rights EU and the National Law*, in R. ARNOLD (ed.), *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Heidelberg, 2016, p. 207 ss.; A. ARENA, *Art. 36: Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 680 ss.; D. GALLO, *Article 36 of the Charter and Access to Public Services: Scope, Extent and Limits of a Sui Generis Provision*, in *E-Pública*, n. 2, 2018, p. 51 ss.

quest’ultimo la disapplicazione del confliggente diritto interno⁸⁶. La risposta è che la norma in sé per sé ha un’intensità prescrittiva inferiore di altri articoli della Carta, come gli articoli 21, 31, 47 o 50, come dimostrato anche dal fatto che nelle Spiegazioni della Carta l’art. 36 è definito quale “principio” anziché “diritto” ai sensi degli articoli 51, par. 1, e 52, par. 3, della Carta⁸⁷. Ciò, tuttavia, non significa che l’applicazione combinata dell’art. 36 e di norme dettagliate contenute in regolamenti, direttive o decisioni sui servizi d’interesse economico generale, sia insuscettibile di generare effetti concreti per le parti private intenzionate a servirsi dello schema preconizzato dalla Corte di giustizia a partire da *Mangold-Küçükdeveci-Dansk Industri*⁸⁸ fino alle cause, tra le altre, *IR*, *Egenberger*, *Bauer*, *Max Planck* e *K.L.*⁸⁹. Quanto scritto vale sia per i rapporti verticali che per quelli interindividuali e a prescindere dalla dicotomia tra “principi” e “diritti”, allo stato attuale piuttosto datata⁹⁰.

Le considerazioni formulate in merito alla relazione naturalmente conflittuale tra solidarietà e concorrenza non riguardano soltanto i tradizionali servizi pubblici di rete, le attività che le istituzioni UE definiscono servizi d’interesse economico generale e i servizi pubblici puramente sociali, cioè privi di carattere economico, ma si estende anche alla Rete *par excellence*, cioè internet. Il tema riguarda, in particolare, in questa sede, l’accesso a internet quale infrastruttura piuttosto che ai contenuti che sono veicolati sul *web*, tenuto conto del ruolo della solidarietà nella sua regolamentazione. Non c’è dubbio, infatti, che l’accesso a internet rappresenti la preconditione per poter beneficiare di molte, se non di tutte oramai, le prestazioni di servizio pubblico, rappresentando un tale accesso il presupposto per l’esercizio dei diritti (sociali) fondamentali⁹¹. L’accesso a internet è intimamente collegato alla solidarietà,

⁸⁶ D. GALLO, *Direct Effect in EU Law*, Oxford, 2025, pp. 87-103.

⁸⁷ Cfr. Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: articoli 21 (non discriminazione), 31 (condizioni di lavoro eque), 36 (servizi di interesse economico generale), 47 (ricorso effettivo), 50 (*ne bis in idem*), 51, par. 1, e 52, par. 3.

⁸⁸ Corte giust. 22 novembre 2005, C-144/04; v. Corte giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Küçükdeveci*; 19 aprile 2016, C-441/14, *Dansk Industri*.

⁸⁹ Corte giust. 17 aprile 2018, C-414/16, *Egenberger*, 11 settembre 2018, C-68/17, *IR*; 6 novembre 2018, C-684/16, *Max Planck*; 19 dicembre 2019, C-168/18, *Bauer*; 20 febbraio 2024, C-715/20, *K.L.*

⁹⁰ D. GALLO, *Direct Effect in EU Law*, cit., pp. 75-77.

⁹¹ L. JASMONTAITE, P. DE HERT, *Access to the Internet in the EU: A Policy Priority, a Fundamental, a Human Right or a Concern for eGovernment?*, in *Russels Privacy Hub Working Paper*, vol. 6, n. 19, 2020; P. DAMIANI, *A Star(link) Is Born: What Consequences for the Right to Broadband Internet Access in Rural Areas of the EU?*, in *federalismi.it*, n. 28, 2021; M. ROJSZCZAK, *European Union and the Right to Open Internet: To Boldly Go Where No One Has Gone Before*, in *CYELS*, 2023; D. GALLO, *Un droit opposable à Internet en vertu des obligations de service publique européennes ?*, in F.-X. MILLET (sous la direction de), *Le constitutionnalisme numérique*, Bruxelles, in corso di pubblicazione, 2025.

alla coesione sociale e territoriale e all'universalità dei servizi prestati grazie a internet, dunque al servizio universale, che ne è un elemento costitutivo. Il tema merita attenzione perché, nonostante il diritto UE, vincolante⁹² e non⁹³, effettui il collegamento tra servizio pubblico e internet, non ci sono riferimenti a internet e servizi d'interesse economico generale, in particolare all'art. 106, par. 2, TFUE, né in norme di diritto derivato né in pronunce della Corte di giustizia⁹⁴. Insomma, la nozione di servizio d'interesse economico generale non è mai richiamata in relazione a internet. Non lo è probabilmente perché alcune caratteristiche strutturali della regolamentazione dei servizi d'interesse economico generale, o delle modalità con le quali sono forniti, sono assenti nell'ambito di internet. In primo luogo, non c'è sempre l'incarico da parte dello Stato agli operatori privati che forniscono la piattaforma nell'ambito della quale il servizio pubblico è erogato – la consulenza medica *online* o via *WhatsApp*, per esempio –, come invece è previsto innanzitutto nell'art. 106, par. 2, TFUE⁹⁵. In secondo luogo, i cavi sottomarini⁹⁶ che veicolano gran parte del traffico internet mondiale appartengono anche a operatori privati, quali

⁹² Cfr., per esempio, regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE e il regolamento (UE) n. 531/2012; direttiva (UE) 2016/2102 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, relativa all'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili degli enti pubblici; regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 ("regolamento sui mercati digitali"); regolamento delegato (UE) 2023/2450 della Commissione, del 25 luglio 2023, che integra la direttiva (UE) 2022/2557 mediante l'istituzione di un elenco di servizi essenziali; Dichiarazioni comuni del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, (2023/C 23/01), 23 gennaio 2023, considerando n. 7 e paragrafo 7. Su veda, in particolare, R. TINIÈRE, *L'Union européenne et la régulation des plateformes en ligne – À la recherche de la voie du milieu*, in B. BERTRAND (sous la direction de), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, 2023, p. 703 ss.

⁹³ Corte giust. 2 marzo 2021, C-746/18, *Prokuratuur*; 5 aprile 2022, C-140/20, *G.D./Commissioner of the Garda Síochána e a.*; 20 settembre 2022, C-339/20 e C-397/20, *VD e SR*; T. DOUVILLE, *La politique européenne en matière de communications électroniques*, in B. BERTRAND (sous la direction de), *op. cit.*, 2023, p. 335 ss.

⁹⁴ Corte giust. 2 settembre 2021, C-854/19, *Vodafone*; in pari data, C-5/20, *Vodafone*; in pari data, C-34/20, *Telekom Deutschland*; 15 settembre 2020, C-807/18 e C-39/19, *Telenor Magyarország*.

⁹⁵ W. SAUTER, *Public Services in EU Law*, Cambridge, 2015, pp. 40-83, spec. p. 48.

⁹⁶ Si veda S. BESCH, E. BROWN, *The Geopolitics of Subsea Data Cables: Securing Europe's Subsea Data Cables*, in *Carnegie Endowment for International Peace*, December 2024, reperibile online; L. MARTINO, *Sovranità digitale e competizione geopolitica nel contesto dei cavi sottomarini: Analisi comparata degli approcci di Cina, Stati Uniti e Unione europea*, in *MediaLaws*, n. 2, 2024, p. 144 ss.

Google, Amazon, Meta e Microsoft⁹⁷, diversamente da quel che avviene normalmente nell’ambito degli altri settori d’interesse generale, laddove la rete è pubblica: si pensi alle rotaie, di proprietà dello Stato in quasi tutti gli Stati membri, e al trasporto ferroviario, privatizzato e liberalizzato. Queste circostanze dovrebbero ricevere un inquadramento giuridico specifico a livello europeo considerato che il regolamento UE 2015/2120 ha un ambito di applicazione piuttosto ristretto e comunque non riguardante l’accesso a internet quale infrastruttura. Il regolamento, infatti, all’art. 1, definisce «norme comuni per garantire un trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura di servizi di accesso a Internet e i relativi diritti degli utenti finali» e istituisce «un nuovo meccanismo di prezzi al dettaglio per i servizi di roaming regolamentati all’interno dell’Unione al fine di abolire i sovrapprezzi del roaming al dettaglio senza distorsioni nei mercati nazionali e visitati». Un tale inquadramento dovrebbe esplicitare l’esistenza di un nesso indissolubile tra servizio universale, coesione sociale e territoriale, servizi d’interesse economico generale e solidarietà, tenuto conto della necessità di modulare gli obblighi di servizio pubblico in modo tale da cogliere le peculiarità di un atipico settore di interesse generale qual è internet. Peculiarità che hanno evidentemente e necessariamente un impatto straordinario sui contorni della solidarietà, sulle sue esigenze e sulle sue finalità, che siamo abituati a considerare di origine e natura pubblicistica ed extra-economica e che, nell’ambito di internet, rispondono a logiche differenti.

4. *Un caso di studio: il tetto sui ricavi di mercato nel settore energetico*

Una manifestazione di solidarietà europea nel settore dei servizi pubblici particolarmente esemplificativa è rappresentata dal regolamento UE 2022/1854 del Consiglio, del 6 ottobre 2022, relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell’energia⁹⁸, adottato sulla base

⁹⁷ Cfr. la recente comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio, 21 febbraio 2025, JOIN (2025) 9final, *EU Action Plan on Cable Security*, reperibile online.

⁹⁸ Su solidarietà e ambiente si vedano K. HUHTA, L. REINS, *Solidarity in European Union law and its application in the energy sector*, in *ICLQ*, n. 3, 2023, p. 771 ss.; G. BUTLER, *Solidarity on trial: On reliance, reason and logic at the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 772 ss., in particolare pp. 779-785.

dell'art. 122 TFUE⁹⁹, in vigore dall'ottobre 2022 fino al 31 dicembre 2023¹⁰⁰. Tra le varie norme del regolamento maggiormente rilevanti dal punto di vista della solidarietà¹⁰¹, attualmente al vaglio della Corte di giustizia¹⁰², c'è l'art. 6, che introduce un tetto obbligatorio sui ricavi di mercato. In particolare, la norma prevede che «[i] ricavi di mercato dei produttori ottenuti dalla produzione di energia elettrica dalle fonti di cui all'art. 7, paragrafo 1, sono limitati a un massimo di 180 EUR per MWh di energia elettrica prodotta». Quanto all'art. 7, par. 1, esso stabilisce che «[i]l tetto sui ricavi di mercato di cui all'articolo 6 si applica ai ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia

⁹⁹ Si tratta della stessa base legale utilizzata anche per *ReArm Europe*, si veda P. DERMINE, *Funding Europe's Defence. A First Take on the Commission's ReArm Europe Plan*, in *VBlog*, 5 March 2025, reperibile online. Per un quadro recente e attuale si veda L. MARIN, *op. cit.*, pp. 108-111, dove si contestualizza l'esame del regolamento alla luce di altri atti adottati sulla base di medesima norma, e P. DERMINE, *Article 122 TFEU and the Future of the Union's Emergency Powers*, in *ELL*, 25 January 2024, reperibile online.

¹⁰⁰ Per una prospettiva tributaristica si vedano M. GREGGI, A. MIOTTO, *Windfall profit taxation in Europe (and beyond)*, in *Laws*, vol. 13, n. 1, 2024, p. 1 ss. e il fascicolo speciale di *Intertax* sulla *Windfall Profit Taxation*, in *Intertax*, vol. 51, n. 11, 2023, p. 720 ss.; in particolare: A. P. DOURADO, I. MOSQUERA, *Editorial Note on the Windfall Profit Tax*, in *Intertax*, n. 11, 2023, p. 720 ss.; T. D. MAGALHÃES, F. DE LILLO, *The Return of Windfall Taxation*, *ibidem*, p. 722 ss.; B. LIGNEREUX, *Is the EU Contribution on Windfall Profits Based on the Right Treaty Provision?*, *ibidem*, p. 732 ss.; T. VAN BREDERODE, F. CASANO, *EU Public Intervention in the Energy Market: A Stroke of Good Luck or Misfortune?*, *ibidem*, p. 754 ss.; per una prospettiva centrata sul diritto internazionale degli investimenti si veda J. LAMMERS, B. KUŹNIACKI, *The EU Solidarity Contribution and a More Proportional Alternative: A Study Under EU and International Investment Law*, in *Intertax*, nn. 6-7, 2023, p. 451 ss.

¹⁰¹ L. HANCHER, *A sound legal basis for emergency action in the EU's energy markets*, in *VBlog* 2023, reperibile online; L. HANCHER, *Solidarity on Solidarity Levies and a Choice of Energy Mix: A Sound Legal Basis for Emergency Action in the EU's Energy Markets*, in *VerBlatt*, 2023, p. 318 ss.; L. RIGAUX, *Le financement des mesures de soutien durant la crise énergétique. L'État fédéral galvaude-t-il les leviers de l'Union européenne?*, in *Journal des tribunaux*, 2023, p. 261 ss.; L. HANCHER, A. DE HAUTECLOCQUE, *Strategic autonomy, REPowerEU and the internal energy market: Untying the Gordian knot*, in *CMLR*, n. 1, 2024, p. 55 ss.; L. MARIN, *op. cit.*, pp. 101-103 e 108-111; M. ROSS, *The EU and the narrative of solidarity*, *cit.*, pp. 600-625.

¹⁰² Conclusioni dell'Avv. gen. Rantos, del 6 febbraio 2025, C-423/23, *Secab*; conclusioni dell'Avv. gen. Rantos, del 27 febbraio 2025, C-633/23, *Electrabel e a.*, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Grondwettelijk Hof* (Belgio) il 16 maggio 2024, C-358/24, *Varo Energy Belgium e a.*; domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Grondwettelijk Hof* (Belgio) il 20 giugno 2024, C-467/24, *2Valorise Ham NV, 2Valorise Amel NV, 2Valorise NV, Luminus NV, EDF Belgium NV, ActiVent Wallonie CV, e-NosVents NV, Lumiwind CV, Luminus Wind Together, Rouge Lux BVBA, Biospace CV, Federatie van de Belgische Elektriciteits- en Gasbedrijven VZW, Organisatie voor Duurzame Energie Vlaanderen VZW, Wind4wallonia 2 NV, Electrabel NV c. Eoly Energy NV* (depositata il 2 luglio 2024); domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Curtea de Apel București* (Romania) il 1° luglio 2024, C-462/24, *Braila Winds*; domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *High Court* (Irlanda) il 31 luglio 2024, C-533/24, *Vermilion Energy Ireland e a.* (depositata il 1° agosto 2024); Corte cost. ord. 20 febbraio 2025, n. 21.

elettrica generata dalle fonti seguenti: a) energia eolica; b) energia solare (termica e fotovoltaica); c) energia geotermica; d) energia idroelettrica senza serbatoio; e) combustibili da biomassa (combustibili solidi o gassosi da biomassa), escluso il biometano; f) rifiuti; g) energia nucleare; h) lignite; i) prodotti del petrolio greggio; j) torba». Ciò significa che i ricavi di mercato dei generatori di energia elettrica inframarginali sono limitati a un tetto massimo, al fine di limitare temporaneamente redditi eccessivi del mercato dei produttori di energia elettrica con costi marginali inferiori in ragione del vertiginoso aumento del prezzo del gas generato, come noto, dall’invasione dell’Ucraina da parte della Russia iniziata nel febbraio del 2022. In questo quadro, in base all’art. 8, par. 1, del regolamento (“Misure nazionali di crisi”), gli Stati membri possono fissare limiti diversi sui ricavi per differenziare tra le tecnologie, applicare ulteriori limiti agli operatori economici dell’energia elettrica, applicare limiti più elevati ai produttori con investimenti e costi operativi superiori a 180 EUR/MWh, mantenere o introdurre misure nazionali per limitare i ricavi dei produttori che producono energia elettrica da fonti non elencate sopra. Possono inoltre fissare un tetto specifico sui ricavi del mercato derivanti dalla vendita di energia elettrica prodotta dal carbone o da taluni impianti idroelettrici non contemplati nell’elenco di cui all’art. 7, par. 1, del regolamento, a condizione che le misure da essi adottate siano, *inter alia*, proporzionate, non discriminatorie e insuscettibili di compromettere i segnali di investimento, come riconosciuto nell’art. 8, par. 2, del regolamento (“Misure nazionali di crisi”). Come precisato nell’art. 10, par. 1, del regolamento (“Distribuzione dei ricavi eccedenti”), gli Stati membri possono altresì utilizzare gli extra-ricavi per finanziare misure mirate a sostegno dei clienti finali dell’energia elettrica e per attenuare l’impatto dei prezzi elevati dell’energia elettrica, tra cui il sostegno alla riduzione del consumo di energia elettrica, i trasferimenti diretti ai clienti, comprese le riduzioni delle tariffe di rete e una riduzione dei prezzi dell’energia elettrica per i clienti finali. Infine, il regolamento, *ex art.* 14 del regolamento (“Sostegno ai clienti finali di energia mediante un contributo di solidarietà temporaneo”), introduce un vero e proprio contributo di solidarietà di carattere temporaneo e obbligatorio per gli utili eccedenti delle imprese nei settori del petrolio, del gas naturale, del carbone e della raffinazione, finalizzato a sostenere, in particolare, le famiglie e le imprese vulnerabili maggiormente colpite dall’aumento dei prezzi dell’energia elettrica al dettaglio.

Da quanto sopra riportato si desume che la solidarietà è al cuore di *ratio* e finalità del regolamento, che la menziona 70 volte nelle 21 pagine di cui si esso compone. Una solidarietà, peraltro, imposta agli Stati attraverso una misura

emergenziale, adottata grazie a una procedura non legislativa, a maggioranza qualificata degli Stati in seno al Consiglio e con il coinvolgimento del Parlamento a soli fini consultivi, in un ambito, quello fiscale, rispetto al quale l'unanimità è la regola¹⁰³ e l'ampia discrezionalità delle autorità nazionali è da sempre centrale. In effetti, il fatto che riferimenti a termini quali “tassa” o “imposta” siano assenti dal regolamento non implica che ci si trovi al di fuori di misure che, seppure non qualificabili quale tassazione in senso stretto, abbiano indubbiamente un impatto significativo sull'autonomia fiscale degli Stati membri. Si tratta di una solidarietà che opera sia a livello di imprese, tra quelle che hanno beneficiato dell'aumento dei prezzi del gas e quelle che invece lo hanno subito, sia a livello di imprese e utenti-cittadini, i quali hanno goduto di una riduzione delle tariffe in ragione del tetto sui ricavi di mercato stabilito nel regolamento.

5. I servizi d'interesse economico generale quale pilastro della solidarietà europea: l'economia sociale di mercato presa sul serio

L'argomento principale di questo contributo è che, nell'ambito dei servizi pubblici, le istituzioni UE sembrano essere riuscite a bilanciare efficacemente le esigenze del mercato, sottese al rispetto della concorrenza, con quelle d'interesse generale, sottese ai servizi d'interesse economico generale. L'affermazione di una duplice natura, derogatoria e nel contempo positiva/valoriale, dei servizi d'interesse economico generale, ne è la dimostrazione. Quel che rende detti servizi obbligo positivo è la finalità solidaristica, connessa alla coesione sociale e territoriale, quindi, al principio di uguaglianza, il cui nucleo fondamentale è la loro indole perequativa e redistributiva. Il regolamento UE 2022/1854, istitutivo di un tetto sugli extra-ricavi nel settore energetico, è al riguardo paradigmatico.

Quanto qui sostenuto evidenzia che il processo di comunitarizzazione, e di positivizzazione di valori che da deroghe nazionali diventano obblighi europei, non implica automaticamente compressione dei diritti, del *welfare state*, della coesione sociale e della solidarietà. Detto in altri termini, in merito ai servizi essenziali d'interesse generale, nonostante quanto sostenuto da sovranisti di vario genere, i principi dell'“economia sociale di mercato”, per come prefigurata all'art. 3 TUE, sono generalmente praticati con successo

¹⁰³ Cfr. gli articoli 113 TFUE (imposte indirette), 114, par. 2, TFUE (esclusione della procedura legislativa ordinaria per le disposizioni fiscali), 115 TFUE (misure con incidenza diretta sul mercato interno), 192 TFUE (misure fiscali in materia ambientale) e l'art. 194, par. 3, TFUE (misure fiscali in materia energetica).

dall’Unione¹⁰⁴. Lo sono grazie a una concezione di solidarietà dai contorni non esclusivamente nazionali: una solidarietà, cioè, anche europea. L’art. 2 TUE, infatti, considera la solidarietà strumento imprescindibile, come il “pluralismo”, la “non discriminazione”, la “tolleranza”, la “giustizia” e la “parità tra donne e uomini”, per la creazione di una “società” europea, a sua volta preconditione per la tutela dei valori condivisi da tutti (perlomeno sulla carta) gli Stati membri ivi riconosciuti: “il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani”.

L’auspicio è che questo tipo di impostazione, opportunamente rimodulata in funzione delle specificità di internet, sia adoperata anche in quest’ultimo ambito, in particolare per quel che riguarda l’accesso alla Rete, intesa come infrastruttura connessa alla prestazione di servizi essenziali d’interesse generale e all’esercizio di diritti (soprattutto sociali) fondamentali.

¹⁰⁴ Il collegamento tra solidarietà ed economica sociale di mercato è effettuato già da M. ROSS, *The EU and the narrative of solidarity*, cit., pp. 600-625, soprattutto pp. 601-602 e 623-624.

ABSTRACT (ita)

Il saggio si concentra sul rapporto tra concorrenza e servizi pubblici, dal punto di vista del ruolo che svolge in questo ambito la solidarietà. A tale fine viene indagata la nozione di attività economica e poi esaminato il concetto di servizio di interesse economico generale. È successivamente utilizzato, come caso di studio, il regolamento UE sui ricavi nel settore energetico. Infine, è chiarito che, in merito ai servizi essenziali d'interesse generale, i principi dell'“economia sociale di mercato”, per come prefigurata all'art. 3 TUE, sono generalmente praticati con successo dall'Unione.

ABSTRACT (eng)

The essay focuses on the relationship between competition and public services, from the standpoint of the role played by solidarity in this area. To this end, both the notions of economic activity and services of general economic interest are examined. The EU regulation on extra-revenues in the energy sector is then used as a case study. Finally, it is clarified that, with regard to essential services of general interest, the principles of the “social market economy”, as set out in Article 3 TEU, are generally successfully put into action by the Union.