



Governance dei porti e Tribunale dell'Unione europea

DI MAURIZIO MARESCA *

1. Si pensava che, sulla scorta delle diverse pronunce degli anni novanta, il mercato portuale avesse trovato una forma di regolazione coerente con l'ordinamento dell'Unione europea grazie alla costituzione, con la legge 28 gennaio 1994 n. 84, dell'Autorità portuale. Gli obiettivi della concorrenza e dell'accesso al mercato, sanciti con la sentenza *Porto di Genova*¹, parevano ormai adeguatamente presidiati grazie, appunto, ad un ente pubblico non economico preposto alla regolazione del mercato al quale era espressamente precluso l'esercizio di qualsivoglia attività di impresa posto sotto la vigilanza del Ministro dei trasporti e della navigazione² Speranze disattese!

Come vedremo in prosieguo il mercato portuale non funziona affatto secondo il modello europeo tanto che allo stesso sta mettendo mano per la ennesima volta il legislatore proprio di

* Professore ordinario di Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Udine.

¹ Corte giust., 10 dicembre 1991, in causa C-179/90, *Siderurgica Gabrielli*, in EU:C:1991:464. V. anche Corte giust., 17 luglio 1997, in causa C-242/95, *G.T.- Link A/S*, in EU:C:1997:376; v. anche Corte giust., in causa C-266/96, in data 18 giugno 1998, *Corsica Ferries*, in EU:C:1998:306.

² L'Autorità portuale precorreva di poco la formazione delle autorità di regolazione del mercato (come è noto istituite in Italia solo nell'anno successivo con la legge 481). Sulle autorità indipendenti per tutti v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 58. S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Il Foro it.*, V, 1996, c. 9; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2005, pp. 331 ss., A. MASSERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, 1994, p. 39. V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, D. JORDANA, X. LEVI-FAUR, X. FERNANDEZ MARÍN, *The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, in *Comparative Pol. Studies*, 44(10), 2011, pp. 1343 ss.

questi tempi³. Peccato che il problema della governance dei porti, di cui tratta la sentenza del 20 dicembre 2023, sia ormai divenuto secondario e pressoché inutile nel contesto della politica dei trasporti nazionale ed europea in quanto soverchiato da due grandi temi come (i) il ruolo e la funzione delle compagnie marittime principali che detengono il controllo dei traffici e decidono dove localizzarli indipendentemente dalle scelte di politica economica dei diversi governi (così sostituendosi ai medesimi Governi – per fortuna aggiungeremmo ! - nella politica dei trasporti e nelle politiche di sviluppo territoriale) e (ii) le conseguenze della instabilità internazionale a seguito della crisi del commercio internazionale e dei nuovi e vecchi conflitti che incidono sulla competitività dei singoli territori⁴. È su questi due temi – per complessi che possano essere - che gli Stati e la stessa Unione sono chiamati a confrontarsi per assicurare la competitività delle loro imprese e dei loro territori.

2. Una vicenda davvero singolare quello della natura delle Autorità portuali secondo la procedura SA.38399 — 2019/C in esito alla quale la sentenza del 20 dicembre 2023.

Con la decisione 2021/1757 del 4 dicembre 2020 la Commissione europea, a seguito di una istruttoria durata vari anni, rilevava la violazione dell'art. 107, T.fue per essere le Autorità portuali italiane non imponibili ai fini delle imposte dirette relativamente all'attività di concessione delle aree portuali. Netto e motivato era, infatti, il giudizio sulla attività di impresa delle medesime autorità, che pure, come ricordato, erano espressamente qualificate dalla legge 84 del 1994 come enti pubblici non economici impegnati nella regolazione del mercato portuale in attuazione della richiamata sentenza *Porto di Genova*: una sentenza, quest'ultima, che escludeva che l'amministrazione portuale potesse esercitare qualsivoglia attività economica dovendo essere svolta da un ente connotato da assoluta terzietà rispetto al mercato ed impegnato ad assicurare la concorrenza e la libera prestazione dei servizi⁵.

Invece il modello che avanzava in Italia in concreto, malgrado la l. 84, presentava una fisionomia molto diversa da quello europeo. Dapprima le neonate autorità portuali faticano a distaccarsi dagli schemi della tradizione, riconducibili al codice della navigazione ed ai tradizionali enti porto, ed a svolgere la loro azione pubblicistica e regolatoria: in qualche nodo “schiacciate” fra i vari corporativismi portuali e i monopoli che provavano, con successo, ad indebolire il ruolo del regolatore. Quindi, in epoca successiva, le Autorità portuali hanno iniziato a “scendere” nel mercato: rivendicando, cioè, una funzione di impresa ed usando i loro poteri di segno pubblicistico per rafforzare la loro posizione nel mercato (e non già per il funzionamento del mercato) specie per quanto riguarda a) la realizzazione e gestione delle infrastrutture, b) le alleanze con imprese di traffico e, grazie a specifiche modifiche legislative sopravvenute, c) finanche promuovendo imprese che operano in concorrenza. Dall'inizio degli anni 2000 molte Autorità portuali hanno così iniziato a cimentarsi in concorrenza su un doppio mercato: nella “circostrizione – mercato” del porto da esse amministrato, in concorrenza con le imprese che svolgono attività economica e che invece avrebbero dovuto essere solo regolate; nel mercato geografico rilevante, che include una pluralità di porti, con le

³ V., infra, p. 4

⁴ V. infra, p. 4. La sentenza del 20.12.2023, causa T-166/21, EU:C:2023:862, nonché in <https://www.eurojusitalia.eu/it/?id=355>.

⁵ S.M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, 2007, Milano; D. MARESCA, *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali*, Torino, 2012; v. anche il nostro, *L'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di infrastrutture e trasporto*, Milano, 2013.

imprese e autorità portuali che operano fuori dallo stesso porto⁶. La figura dell'Autorità aggiunge, quindi, di fatto, alla funzione pubblicistica regolatoria, quella di impresa coinvolgendosi nel mercato.

Il Governo italiano iniziava una trattativa con la Commissione europea - dg Concorrenza per evitare una sanzione comunitaria che avrebbe causato una sostanziale situazione di incertezza nella amministrazione dei porti: si pensi, ad esempio, alle conseguenze se (i) fosse rilevato l'aiuto di stato in relazione ai trasferimenti pubblici per la realizzazione o per la gestione delle infrastrutture portuali (con particolare riguardo alla modifica della durata delle concessioni spesso di molti anni in assenza dei parametri di cui all'art. 106, Tfu sui quali torneremo) oppure (ii) si fosse accertata la violazione dell'art. 101, Tfu in relazione ad intese fra l'Autorità e imprese di traffico, ed ancora (iii) al rischio di abuso ex art. 102 ove l'Autorità portuale fosse stata ritenuta o dovesse ricorrere ai suoi poteri pubblicistici per conseguire economie ed obiettivi di impresa. La trattativa fra la dg Concorrenza e il Ministero dei trasporti italiano, che è andata sviluppandosi sin dal 2014, ha trovato un punto fermo con l'intesa fra la Vicepresidente della Commissione Margrethe Vestager e il Ministro delle infrastrutture e trasporti Graziano Delrio volta a definire il perimetro dell'impresa, cosicché fosse chiaro il ruolo di queste pubbliche amministrazioni evitando il rischio dell'incertezza. L'intesa, stipulata il 5 luglio 2017 a Bruxelles, era in breve funzionale alla *predictability* delle situazioni giuridiche che venivano in rilievo nella attività di regolazione ed amministrazione pubblica dei porti italiani.

Si apre, quindi, nell'estate del 2017, una complessa trattativa di secondo livello fra il Dipartimento competente del Ministero e la dg Concorrenza volta a ridisegnare il bilancio delle Autorità portuali selezionando e giustapponendo alle attività economiche quelle di segno pubblicistico. In crisi, tuttavia, il Governo italiano nei primi mesi del 2018, inizia una fase molto delicata nei rapporti fra lo stesso Governo e la Commissione europea - specie per quanto riguarda il tema delle infrastrutture - che di fatto si esauriscono nella definizione dello sviluppo dei corridoi (in particolare per quanto riguarda la realizzazione delle opere di alta velocità fra Genova e Milano, Torino e Lione, Verona e Innsbruck e Trieste e Lubiana previste dal regolamento dell'11 dicembre 2013 n. 1315/2013 in attuazione dell'art.171, Tfu che il nostro Paese metteva in dubbio – e che di fatto hanno precluso la realizzazione del collegamento di alta velocità fra Torino Lione e Trieste Lubiana e determinato un grave ritardo nel collegamento Genova Milano, parte integrante del Corridoio Reno Alpi), la legislazione speciale sul ponte Morandi di cui al d.l. 28 settembre 2018 n. 109, il riordino delle autostrade a seguito della decisione 27 aprile 2018 n. 2018/1435 ecc. Lo stallo nelle relazioni fra autorità italiane e autorità europee porta alla decisione 2021/1757 sul regime dei porti. La risposta non si fa attendere e, in coerenza con le determinazioni prese il 5 luglio 2017, il Governo italiano (che nel frattempo era cambiato di nuovo), accetta la decisione e sceglie di non impugnarla, rendendo così necessario chiudere la trattativa sulla separazione all'interno della contabilità degli enti. Quella decisione, a prescindere dalla procedura odierna, è quindi definitiva per il nostro Paese.

⁶ In realtà si riscontra una disarmonia fra il dato normativo, che pare ridurre il mercato rilevante al porto amministrato dalla singola autorità portuale ed il dato della realtà che certamente consegna una realtà economica molto diversa. Un errore commesso dal legislatore italiano anche a causa della pronuncia Porto di Genova che espressamente pareva restringere il mercato nel primo senso. Ma anche la Corte sbaglia ogni tanto... V. il nostro *del diritto dell'Unione europea in materia di infrastrutture e trasporto*, cit. Milano, 2013.

Le Autorità portuali, che frattanto sono state assoggettate agli indirizzi, oltreché alla vigilanza del Ministero (art.11, legge 28 gennaio 1994 n. 84 nuova formulazione a seguito del d.lgs. 169 del 2016)⁷, tuttavia, non accettano l'indicata scelta del Governo ed impugnano la decisione 1757 con l'obbiettivo di accertare di non essere «imprese» ex art.101, Tfu⁸ in senso lato: non potendo, quindi, essere destinatarie delle norme in materia di concorrenza. Venivano in rilievo, in particolare, da un lato, come si è ricordato, i trasferimenti di risorse pubbliche per realizzare infrastrutture portuali magari d'intesa ed in alleanza con imprese di traffico, la gestione delle concessioni (e le loro modifiche) che la Commissione europea ritiene possano costituire aiuti ove i parametri finanziari non siano in linea con il mercato (dovendo quindi essere previamente notificati ex art. 108, Tfu) ed in genere i comportamenti delle stesse Autorità di cui agli artt. 101 e 102, Tfu⁸. Molto curiosa era la giustapposizione fra il governo, che accettava la decisione ed anzi alla stessa dava attuazione, e le amministrazioni pubbliche sottoposte alla sua direzione ed ai suoi indirizzi. L'unica situazione simile che si ricordi risale al 1997 quando l'Italia accettò la decisione 96/789 del 15 luglio 1997 della Commissione europea in tema di aiuti Alitalia che, ritenendo la ricapitalizzazione della compagnia (di 3.700 miliardi) aiuto di Stato, imponeva una serie di gravi limitazioni all'esercizio dell'attività che precludevano la competitività della compagnia medesima: decisione che il Consiglio di amministrazione della compagnia ritenne di impugnare davanti al Tribunale di primo grado ottenendo una importante pronuncia che ancora fa giurisprudenza – poi confermata dalla Corte - in materia di «*market economy investor principle*»⁹. Ma non si trattava, allora, come invece nel caso odierno, di una divergenza fra il Governo italiano e quindici sue pubbliche amministrazioni!

L'atteggiamento delle Autorità portuali sotteso al ricorso, in un mercato per quanto sopra certamente a regolazione debole, apre una fase molto critica - ed ispirata a sfiducia reciproca - nel rapporto delle Autorità portuali con la Commissione europea e in genere con le Autorità indipendenti (l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Autorità dei trasporti). Un tempo le Autorità portuali erano, infatti, concepite e volute per assicurare il buon funzionamento del mercato collaborando con le altre autorità pubbliche a diverso titolo preposte mentre oggi si vedevano su fronti opposti: le Autorità portuali impegnate a svolgere attività economiche insieme (o in concorrenza) alle imprese di traffico (per di più talora avvalendosi dei loro poteri pubblicistici che consentono loro di selezionare le alleanze, escludere imprese dal mercato, assentire concessioni pluriennali ed estendere le medesime ecc.); la Commissione europea, l'Autorità antitrust e l'Autorità dei trasporti impegnate a

⁷ Addirittura, con il d.lgs 169 del 2016 l'Autorità portuale non è solo posta sotto la vigilanza del Governo centrale ma si prevede operi sulla base degli indirizzi dello stesso Governo, così limitandone ulteriormente le caratteristiche di indipendenza.

⁸ Si v. la decisione della Commissione C (2018) 2435 final della Commissione, del 27 aprile 2018, relativa all'aiuto di Stato concesso ai fini del piano d'investimento per le autostrade italiane. Non vi è dubbio, infatti che, come nel caso delle autostrade, anche le infrastrutture portuali costituiscono servizi di interesse economico generale (art.106, Tfu) da affidare in concessione solo nel rispetto di alcuni parametri finanziari da valutare nella procedura ex art. 108, Tfu. Cfr. Corte giust., 19 gennaio 1994, in causa C-364/92, *Eurocontrol*, EU:C:1994:7; Corte giust., 19 maggio 1993, in causa C-320/91, *Corbeau*, EU:C:1993:198; Corte giust., 27 aprile 1994, in causa C-393/92, *Almelo*, EU:C:1994:171; Corte giust., 24 luglio 2003, in causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, EU:C:2003:415. Cfr. anche Comunicazione della Commissione COM (2003) 270, del 21.5.2003 - Libro verde sui servizi di interesse generale.

⁹ Sentenza del Tribunale di primo grado (Quinta Sezione ampliata), 9 luglio 2008, in causa T-301/01, *Alitalia c Commissione*, EU:T:2008:262.

presidiare il mercato. Una conseguenza immediata di questa criticità è costituita, non solo dalle procedure aperte dalle indicate Autorità, ma, specialmente, dalla scelta del Governo italiano, su sollecitazione della Commissione europea (costituente una delle condizioni per l'approvazione dei piani di NGEU), di modificare le norme in materia di concessioni prevedendo il parere obbligatorio e vincolante da parte dell'Autorità dei trasporti¹⁰.

3. La sentenza prima ricordata non ha bisogno di grandi commenti¹¹. Conferma le attese sul tema della nozione di impresa¹² e giunge, quindi, alla conclusione che l'autorità portuale, quale che sia la sua natura per il diritto interno, è a tutti gli effetti «impresa» ai sensi del diritto europeo della concorrenza con esclusione della sola attività di autorizzazione di cui all'art.16, legge 84 (e quindi, per quanto attiene alle tasse portuali nonché ai corrispettivi e in genere alla materia delle concessioni). Con la conseguenza che l'Autorità portuale è tenuta a

¹⁰ Linee guida applicative – Decreto Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 110 del 21.4.2023, pubblicato sul sito del MIT.

¹¹ Specificamente sulla procedura v. D. MARESCA, *L'Autorità di sistema portuale è amministrazione pubblica o impresa? Brevi note a margine della recente procedura SA (38399) 2018/E della Commissione europea*, in *Dir. Mar.*, 2020, p. 309; Corte giust., in causa 242/95, *G.T.- Link A/S*, cit.; Corte giust., 24 marzo 2011, in causa T-455/08 e T-443/08, *Leipzig Halle*, EU:T:2011:117. V. anche le seguenti decisioni della Commissione in tema di infrastrutture portuali : 15 dicembre 2009 n. 385/2009 — Finanziamento pubblico di infrastrutture portuali nel porto di Ventspils; 15 giugno 2011, n. 44/2010 — Finanziamento pubblico di infrastrutture portuali a Krievu Sala; 22 febbraio 2012 relativa all'aiuto di Stato SA.30742, Costruzione di infrastrutture per il terminal passeggeri e merci di Klaipeda; 18 settembre 2013 relativa all'aiuto di Stato SA.36953 (2013/N), Autorità portuale di Bahía de Cádiz; 27 marzo 2014 relativa all'aiuto di Stato SA.38302 — Aiuto all'investimento a favore del porto di Salerno; 22 febbraio 2012 relativa all'aiuto di Stato SA.30742 (N/2010) — Costruzione di infrastrutture per il terminal passeggeri e merci di Klaipeda; 2 luglio 2013 relativa all'aiuto di Stato SA.35418 (2012/N) — Ampliamento del porto del Pireo. V. anche la Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea ([GU C 262 del 19.7.2016, pag. 47](#), p. 215).

¹² Sulla nozione di impresa Corte giust., 23 aprile 1991, in causa C-41/90, *Hoefner*, EU:C:1991:161; Corte giust., 17 febbraio 1993, in causa C-159/91, C-160/91, *Poucet*, EU:C:1993:63; Corte giust., 11 dicembre 1997, in causa C- 55/96, *Job Centre coop a r. l.*, EU:C:1997:603; Corte giust., 16 novembre 1995, in causa C-244/94, *Federation Francaise des societes d'assurance*, EU:C:1995:392; Corte giust., 12 settembre 2000, in cause C-180/98, C -184/98, *Pavlov*, EU:C:2000:428; Corte giust., 28 ottobre 2020, in causa C-521/18, *Poste italiane*, EU:C:2020:867 (cfr. il seguito nazionale al seguente in <https://www.eurojusitalia.eu/it/?id=98>).

Ci permettiamo di ricordare un vecchio lavoro che aveva tuttavia il pregio di sintetizzare i fattori di composizione e scomposizione dell'impresa nella logica dell'art. 85, Tfu: M. MARESCA, O. PORCHIA, *Ambito di applicazione dell'art. 85 del trattato. (Ipotesi aggregative e disgregative della struttura dell'impresa)*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1995, pp. 297 e ss. Fra le decisioni dell'Autorità Garante v. Italiana Coke c. Provveditorato al Porto di Venezia del 4 agosto 1995. V. Anche F. FERRARO, *La politica di concorrenza dell'Unione applicabile alle imprese e agli Stati* (cap. VI), in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Il Diritto dell'Unione europea, parte speciale*, Torino, 2021; G. TESAURO (a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO), vol. II (*diritto materiale*), Napoli, 2021 (prima edizione); F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Relazione tenuta all'incontro per la presentazione dell'opera "Il nuovo diritto degli appalti pubblici"*, a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Milano, 2005 – Roma 24 novembre 2005; così anche S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, p. 3; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 371 ss.; G.PERICU, M.CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in A.A.V.V. (a cura di M. CHITI, G. GRECO), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., II, Milano, 2007; G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al servizio comunitario*, in *Il Filangeri*, 2004, pp. 7 ss; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadrim. pubbl. serv.*, 1999, 1, pp. 7 ss; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, pp. 91 ss.; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, pp. 337 ss.

strutturare il suo bilancio attivando un regime di separazione fra l'attività di mercato e l'attività di segno pubblicistico (oltre, appunto, a dover condividere con una amministrazione che non sia impresa la gestione delle concessioni). La decisione conferma, peraltro, le incertezze sul ruolo delle Autorità, dopo che è intervenuta una decisiva e pubblica sanzione giuridica, sia come destinatarie di trasferimenti pubblici per realizzare infrastrutture portuali e per l'assentimento di concessioni che non siano previamente autorizzate dalla Commissione europea o consentiti da norme di esenzione generale sia, più in generale, con riguardo ai loro comportamenti nelle relazioni con le imprese e le pubbliche amministrazioni locali. Avuto riguardo all'arretratezza delle infrastrutture della logistica ed alla necessità di una politica dei trasporti competitiva, quella indicata può costituire una grave criticità. Di qui la necessità, appunto, di una riforma della legge 84 oggi allo studio.

4. Da ultimo l'orientamento del Tribunale pare indicare una traccia interessante anche nel quadro del processo di riforma dei porti attualmente in fase avanzata. Per il futuro il governo italiano dovrà, infatti, decidere.

Ribadire il ruolo dell'Autorità come ente di controllo e regolazione che non svolge attività economica ed opera per conto del Ministero, in sintesi, con l'Autorità dei trasporti e le Autorità in materia di concorrenza: in questo caso astenendosi dallo svolgere attività di impresa. Una soluzione che pare, invero, ragionevole se la riforma riservesse al Ministero competente o ad una costituenda agenzia nazionale un compito di programmazione pubblica e di politica industriale a tutto campo che pare la più logica alla luce dell'evoluzione del comparto dei traffici. Immaginare, infatti, che le amministrazioni portuali possano incidere, come avveniva un tempo, sullo sviluppo del trasporto e del territorio, come se i porti fossero gli anelli decisivi della catena della logistica, è irrealistico quando la politica dei trasporti, e l'adozione di scelte molto delicate, *a*) è riservata al livello centrale - se non addirittura al livello europeo - e, specialmente, *b*) ha per oggetto comparti ben al di là della mera regolazione delle infrastrutture coinvolgendo *(i)* le relazioni con i 4-5 grandi vettori che hanno il controllo dei mercati internazionali (ma che devono affrontare importanti strategie di riordino) e *(ii)* le relazioni internazionali di segno davvero globale, avuto considerazione alla crisi del diritto internazionale dell'economia e della ricomposizione di blocchi contrapposti che incidono sui mercati.

Oppure, di converso, consolidare l'Autorità portuale come impresa locale (magari con l'ingresso di capitali privati) della quale si rafforza la capacità di operare nel mercato finanche in concorrenza con le imprese di traffico e di gestione delle infrastrutture: riservando, tuttavia, in questo caso, l'amministrazione pubblica e la regolazione rispettivamente al Ministero o all'Autorità dei trasporti. Una soluzione che significherebbe dare luogo a tante imprese pubbliche, evidentemente dipendenti dai grandi interessi internazionali, delle quali si tratta di determinare il perimetro di azione (presumibilmente definito nell'area della gestione e dei servizi connessi alle infrastrutture).