

Riflessioni sulla nuova procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea a seguito dell'ulteriore proroga al 2033 delle concessioni balneari esistenti

DI GIANNANGELO MARCHEGIANI

Indice: 1. Premessa 2. Il fondamento della nuova iniziativa della Commissione 3. Un esame critico della sentenza della Corte di giustizia in data 14/7/2014, *Promoimpresa Srl*. 4. Le ragioni a sostegno di una diversa interpretazione dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE. 5. Gli argomenti complementari che concorrono ad indebolire le ragioni della Commissione. 6. Conclusioni

1. Premessa

Con un comunicato stampa in data 3 dicembre 2020 la Commissione europea ha elencato le “procedure di infrazione” che ha avviato nei confronti di alcuni Stati membri per inadempimento degli obblighi previsti dal diritto dell'Unione europea (UE). In particolare, l'istituzione informa di aver inviato una lettera di costituzione in mora all'Italia in merito alle autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare ed i servizi ricreativi (c.d. “concessioni balneari”)¹. La Commissione osserva in particolare che la normativa nazionale finalizzata nel tempo a disciplinare questa materia ha avuto l'effetto di prorogare ripetutamente le autorizzazioni delle concessioni balneari esistenti, fino all'ultima proroga al termine del 2033². Dal comunicato stampa e dalla “lettera di messa in mora” risulta che l'iniziativa della Commissione è confortata dalla sentenza in data 14 luglio 2016³ con la quale la Corte di giustizia dell'UE ha stabilito in particolare che la normativa pertinente e la pratica esistente a quel tempo in Italia di prorogare automaticamente le autorizzazioni delle concessioni balneari vigenti erano incompatibili con il diritto dell'Unione⁴.

¹ Inaspettatamente, la “lettera di messa in mora” è stata pubblicata da “*Mondo Balneare*” sul sito <https://www.mondobalneare.com/lettera-infrazione-ue-concessioni-balneari/>.

² In particolare, dalle disposizioni introdotte dall'art. 1, commi da 682 a 684 della legge 30/12/2018, n. 145, dall'articolo 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 e dall'articolo 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126.

³ Sentenza 14/7/2014, cause riunite C-458/14 e 67/15, *Promoimpresa Srl*.

⁴ F. Capotorti: “*Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Promoimpresa: secondo l'Avvocato Generale Szpunar la direttiva Bolkestein osta al rinnovo automatico dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia*”. Pubblicato il 07/03/2016 sulla Rivista telematica Eurojus.it

A. Monica: “*L'odissea delle concessioni demaniali marittime tra principi di libera circolazione, proroghe e interessi di categoria*”. Pubblicato il 03/08/2016 sulla Rivista telematica Eurojus.it

B. Lagerer: “*La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*”. Pubblicato il 24 luglio 2018 su www.giustizia-amministrativa.it

In questa prospettiva, sembra logico ritenere che, se non vuole subire le estreme conseguenze di una nuova (e definitiva) procedura d'infrazione⁵, il Governo italiano dispone, da un punto di vista giuridico, di una sola linea di difesa con una ragionevole aspettativa di buon fine. Quella di cercare di convincere la Commissione del fatto che la sua iniziativa potrebbe non conseguire l'esito atteso perché, a ben vedere, rischierebbe di non essere in armonia con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con gli articoli 49, 56 e 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) per le ragioni che saranno descritte in seguito⁶.

2. Il fondamento della nuova iniziativa della Commissione

La sentenza del 14 luglio 2014, emessa ai sensi dell'art. 267 del TFUE, riguardava indirettamente una già lunga controversia tra la Commissione europea e la Repubblica italiana, originata dalla coesistenza di due normative contrastanti⁷. Per un verso, la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, (che in prosieguo sarà chiamata anche “direttiva servizi” o “direttiva *Bolkestein*”)⁸, la quale prevede, tra l'altro, che alcune attività di servizi possono essere esercitate da soggetti beneficiari di un'autorizzazione concessa dalla pubblica amministrazione, a condizione che tale autorizzazione sia aggiudicata a seguito di una procedura trasparente, imparziale e per una durata limitata adeguata, senza possibilità di rinnovo automatico. Per un altro verso, una normativa italiana che, per effetto di successivi interventi legislativi, aveva determinato la reiterata proroga del termine di scadenza delle concessioni esistenti, con il risultato di precludere ad operatori economici potenzialmente interessati ogni possibilità di ottenere l'assegnazione di aree demaniali all'esito di procedure trasparenti e non discriminatorie⁹.

Con la detta sentenza la Corte di giustizia ha precisato che le concessioni balneari non rientrano nell'ambito delle concessioni di servizi disciplinate dall'apposita direttiva 2014/23/UE¹⁰. Esse devono

⁵ Si ricorda che il 29/1/2009 la Commissione aveva aperto la procedura di infrazione n. 2008/4908 per ragioni analoghe a quelle che caratterizzano l'attuale procedura. La precedente procedura è stata chiusa il 27/2/2012.

⁶ È bene precisare che il presente lavoro focalizza l'attenzione sulle sole concessioni demaniali marittime, dato che esse rivestono uno specifico interesse dal punto di vista economico, sociale ed ambientale, riguardando circa 30.000 imprese su 7.458 km di coste. Inoltre, esamina la vicenda solo dal punto di vista del diritto dell'Unione europea, ma non da quello del diritto nazionale.

⁷ Per un'ampia descrizione degli aspetti di fatto e di diritto che hanno caratterizzato questo primo stadio della vicenda vedi lo studio commissionato dall'Unità tematica Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo su richiesta della commissione PETI, intitolato “*Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/EC, nel contesto europeo*”, pubblicato sul sito:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU\(2017\)596809_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU(2017)596809_IT.pdf)

⁸ GU L 376 del 27/12/2006, pag. 36.

⁹ L'articolo 1, comma 18, del decreto legge del 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con legge del 26 febbraio 2010, n. 25, poi modificato dall'articolo 34 *duodecies* del decreto legge del 18 ottobre 2012, n. 179, introdotto in sede di conversione dalla legge del 17 dicembre 2012, n. 221.

¹⁰ GU L 94 del 28.3.2014, p. 1–64.

invece essere considerate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della menzionata direttiva 2006/123/CE, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale (punti 40 e 41). Una volta identificata la figura giuridica oggetto di esame, la Corte ha individuato due diversi aspetti di tale figura giuridica sulla base di una stretta interpretazione della “direttiva servizi”. In buona sostanza, il Giudice europeo ha affermato in chiari termini che la disciplina dettata da tale direttiva con riferimento alle concessioni balneari si configura sulla base delle caratteristiche delle aree destinate ad accogliere le attività economiche soggette ad autorizzazione. Dirimente a tal fine è l’esigenza di accertare se le attività di servizi possono essere autorizzate solo in un numero ridotto a causa della limitata disponibilità degli arenili.

In questa ottica, la Corte ha, da una parte, stabilito che, ai fini dell’applicabilità dell’articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123/CE, è il giudice nazionale che deve valutare se le attività economiche svolte sulle aree demaniali oggetto di autorizzazione possono essere destinatarie solo di un numero limitato di autorizzazioni in ragione della scarsità delle risorse naturali sulle quali tali attività sono esercitate (punti 43 e 49). Al riguardo, la sentenza ha anche precisato che, al fine di pervenire ad un convincimento in tal senso, lo stesso giudice nazionale deve considerare se le autorizzazioni sono rilasciate a livello nazionale o locale, accertando sul luogo il livello di disponibilità delle aree interessate da tali attività. (punto 43). La stessa Corte ha inoltre affermato che una normativa nazionale, come quella considerata nel corso del giudizio, che prevede una proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni in parola, equivale a un loro rinnovo automatico, rinnovo che è escluso dai termini stessi del paragrafo 2 del suddetto art. 12, (punto 50). La Corte ha quindi più volte ribadito che, ai sensi del medesimo art. 12, il rilascio di un’autorizzazione all’esercizio di un’attività economica di natura turistico-ricreativa su un’area “limitata” del demanio marittimo deve avvenire a seguito di una procedura di selezione tra i candidati potenziali, procedura che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, un’adeguata pubblicità (punti 49, 55 e 57).

Da un’altra parte, la Corte di giustizia ha anche indirettamente affermato che l’articolo 12 della direttiva 2006/123/CE non è applicabile quando si tratta di concessioni ubicate su aree demaniali libere e disponibili. Tuttavia, in questo caso le autorità concedenti sono comunque tenute a rispettare le regole fondamentali del TFUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare (punti 62, 63 e 64). Come necessario complemento di questa disciplina alternativa il Giudice europeo ha quindi precisato in particolare che l’articolo 49 TFUE osta a una normativa nazionale, come quella in questione, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali in essere per attività turistico-ricreative, se tali concessioni presentano un *interesse transfrontaliero certo* (punto 74). La valutazione circa la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo deve essere effettuata da ciascun giudice nazionale prima di adire la Corte. A tal fine, egli deve considerare, in particolare, tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza

economica della concessione, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'attività economica in questione (punto 66).

3. Un esame critico della sentenza della Corte di giustizia in data 14/7/2014, Promoimpresa Srl.

La Corte di giustizia ha giustificato la sua interpretazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE con un ragionamento che essa ha sviluppato basandosi su un concetto già affermato nella sua giurisprudenza. E' importante richiamare l'attenzione su questo aspetto della sentenza perché evidenzia la ragione fondamentale che ha indotto il Giudice europeo ad attribuire unicamente al dispositivo dell'art. 12 il compito di disciplinare le procedure per autorizzare l'esercizio di attività turistico-ricreative che insistono su aree suscettibili di uno sfruttamento economico in numero limitato. La Corte ha, infatti, fondato questa decisione sul seguente principio giurisprudenziale, ormai consolidato. Qualsiasi misura nazionale in un settore che, come è il caso della "direttiva servizi", abbia costituito oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione (punto 59)¹¹. È evidente cioè che la Corte di giustizia ha applicato questo indirizzo giurisprudenziale accogliendo indirettamente un suggerimento dell'A.G. Szpunar¹², secondo il quale le disposizioni della direttiva sarebbero private di effetto utile se agli Stati membri fosse consentito eluderle invocando una scusante basata sul diritto primario (punto 45 delle conclusioni).

Tuttavia, applicando rigorosamente il suddetto principio, la Corte di giustizia sembra aver attribuito alla norma di rango secondario una portata che nella circostanza rischia di superare le disposizioni del Trattato (gli articoli 49 e 56 del TFUE), che, come si dirà in seguito, costituiscono la base giuridica della direttiva 2006/123/CE. Con la conseguenza di applicare questa direttiva a qualsiasi concessione demaniale marittima, a prescindere dalla sua dimensione, dal suo valore economico o dalla sua ubicazione. Come detto, questo ragionamento è poi completato dalla Corte con la considerazione che l'art. 49 del TFUE disciplina solo le restanti aree, quelle cioè libere e disponibili, come alternativa residuale, a condizione che le relative attività di servizi rivestano un interesse transfrontaliero certo. Ora, non sembra che un'interpretazione in tal senso, nel suo insieme, sia giustificata alla luce della giurisprudenza consolidata che la stessa Corte di giustizia ha affermato in occasione di analoghe situazioni giuridiche interessate da una direttiva di armonizzazione completa.

In primo luogo, è bene ricordare le opinioni di due Avvocati Generali che hanno esaminato lo stato della giurisprudenza in materia. Secondo l'Avvocato Generale L.A. Geelhoed la Corte non ha sempre manifestato un giudizio univoco nell'affrontare alcuni casi interessati dal suddetto principio. Egli ha

¹¹ V. in particolare la numerosa giurisprudenza citata dall'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, nelle conclusioni in data 10/3/2015, causa C-593/13, *Rina Services S.p.A.*

¹² Conclusioni 25/2/2014, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa Srl.*

cioè constatato che, in talune occasioni, la giurisprudenza relativa al rapporto tra una determinata direttiva di armonizzazione ed i corrispondenti articoli del trattato manca di coerenza. Lo stesso A.G. Geelhoed ha quindi concluso affermando che, quando è stata adottata una normativa europea armonizzata per una determinata materia, è *preferibile* esaminare le disposizioni nazionali che rientrano nel campo di applicazione della direttiva alla luce della normativa derivata e non del diritto europeo primario. Nelle medesime conclusioni egli ha peraltro avvertito che le norme di una direttiva armonizzata, come qualsiasi normativa di diritto derivato, devono essere interpretate alla luce delle disposizioni del Trattato¹³. Inoltre, è bene anche ricordare l'opinione espressa sullo stesso argomento dall'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, allorché egli afferma che per valutare la normativa nazionale controversa è *sufficiente* interpretare le disposizioni della direttiva di riferimento¹⁴. Entrambi gli Avvocati Generali asseriscono in sostanza che, al fine di accertare la conformità al diritto dell'UE di tale normativa nazionale, è in principio *preferibile* (il primo) o è *sufficiente* (il secondo) esaminare il solo disposto della direttiva di armonizzazione.

In secondo luogo, è importante richiamare l'attenzione sulle analoghe considerazioni rilevabili nelle sentenze citate dall'A.G. M. Szpunar, sia direttamente nelle sue conclusioni relative al caso in esame sia con un richiamo indiretto alle numerose sentenze menzionate nelle suddette conclusioni dell'A.G. Cruz Villalón nella citata causa *Rina Services e a.* In nessuna di queste sentenze la Corte ha affermato che il principio in questione autorizza un'interpretazione di una direttiva di armonizzazione contraria alle norme ed ai principi del Trattato. Per contro, alcune sentenze del Giudice europeo precisano che, se è vero che qualsiasi misura nazionale in un settore che costituisce oggetto di un'armonizzazione esaustiva a livello comunitario deve essere valutata in rapporto alle disposizioni di tale misura di armonizzazione e non di quelle di diritto primario, tuttavia tale valutazione deve essere esercitata nel rispetto del Trattato¹⁵

Insomma, l'insieme della giurisprudenza europea sopra menzionata è concorde nell'affermare che, di regola, il diritto primario svolge un ruolo sostanzialmente secondario allorché la Corte di giustizia è chiamata a controllare la conformità di una normativa nazionale alle disposizioni di una direttiva di armonizzazione. Ciò non significa, tuttavia, che una direttiva di armonizzazione possa essere in contrasto con le norme ed i principi del Trattato che costituiscono la sua base giuridica. In altri termini, siffatte disposizioni di rango secondario sono normalmente *sufficienti* a dirimere una questione del genere, ma non sembra lecito ritenere che una direttiva di questo tipo possa essere interpretata fino al

¹³ Conclusioni nella causa 4/7/2002, causa C-221/00, *C.E. c. Austria*, p. 45 e 46.

¹⁴ Conclusioni nella causa C-593/13, *Rina Services e a.*, p. 12, cit.

¹⁵ Sentenze 9 giugno 1992, causa C-47/90, *Delhaize et Le Lion*, punto 26; 2/2/1994, causa C.315/92, *Verband Sozialer Wettbewerbs eV*, p. 11, 12 e 13; 21/1/2003, causa C-221/00, *C.E. c. Austria*, p- 48 e 11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV*, p. 64 e 65, nonché Conclusioni dell'Avvocato Generale H. Saugmandsgaard presentate il 21 aprile 2016, Causa C-15/15, *New Valmar BVBA*.

punto di attribuirle una portata in conflitto con il corrispondente diritto primario. In quest'ottica, vale infine la pena di richiamare l'attenzione sulle seguenti significative affermazioni contenute nelle prime due premesse della "direttiva servizi". "(1) A norma dell'articolo 43 del trattato è assicurata la libertà di stabilimento. L'articolo 49 sancisce il diritto di prestare servizi all'interno della Comunità"¹⁶. "(2) Un libero mercato che induca gli Stati membri ad eliminare *le restrizioni alla circolazione transfrontaliera* dei servizi, incrementando al tempo stesso la trasparenza e l'informazione dei consumatori, consentirebbe agli stessi una più ampia facoltà di scelta e migliori servizi a prezzi inferiori".

4. Le ragioni a sostegno di una diversa interpretazione dell'articolo 12 della direttiva

Si pone pertanto la questione di sapere se, con il conforto della giurisprudenza della Corte di giustizia, non sia possibile costruire una diversa interpretazione dell'art. 12 in questione, più aderente allo spirito ed agli obiettivi dei Trattati europei che si sono succeduti nel tempo. A questo proposito, è innanzitutto opportuno premettere che la Corte di giustizia ha più volte sottolineato l'analogia esistente tra una concessione di servizi ed un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica per quanto riguarda l'obbligo di rispettare le norme fondamentali del Trattato e i principi da esse derivanti. La Corte ha affermato che un'autorizzazione del genere non si differenzia da una concessione di servizi allorché l'esercizio dell'attività considerata può interessare potenzialmente operatori economici stabiliti in altri Stati membri¹⁷. E' bene poi rammentare che, prima della direttiva 2014/23/UE del 26/2/2014¹⁸, le concessione di servizi, pur se menzionate dalla giurisprudenza europea, non rientravano nell'ambito di applicazione di nessuna delle direttive riguardanti il settore degli appalti pubblici.

Ora, secondo una giurisprudenza consolidata concernente il periodo precedente questa direttiva, le autorità pubbliche concedenti erano tenute a rispettare le disposizioni fondamentali del trattato nonché i principi di parità di trattamento e di non discriminazione e l'obbligo di trasparenza che ne derivano. Norme e principi configurabili peraltro solo nel caso in cui la concessione di servizi poteva interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui tale concessione è attribuita (il c.d. "*interesse transfrontaliero certo*")¹⁹. E' difficile, pertanto, comprendere le ragioni che hanno indotto la Corte ad affermare che l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE si applica a tutte le concessioni demaniali marittime e quindi, in sostanza, anche a quelle che non hanno un *interesse transfrontaliero certo*. In effetti, non si può negare che, se si vuole dare un senso logico alla direttiva 2006/123/CE, si deve anche

¹⁶ La direttiva si riferisce a due articoli del Trattato della Comunità europea (TCE), attualmente articoli 49 e 56 del TFUE.

¹⁷ Sentenze 3/6/2010, causa C-203/08, *Sporting Exchange*, punti 46 e 47, 9/9/2010, causa C-64/08, *Engelmann*, p. 53-56, e 14/11/2013, causa C-221/12, *Belacom NV*, p. 33.

¹⁸ GU 28/3/2014, L 94, pag. 1.

¹⁹ Sentenza 14/11/2013, causa C-388/12, *Comune di Ancona*, p. 45-48 e giurisprudenza ivi citata. Si tratta della nota giurisprudenza "*Telaustria e Telefonadress*", confermata di recente dalla sentenza 21 marzo 2019, causa C-702/17, *Unareti SpA*, p. 27 e 28.

ammettere che la stessa ha per oggetto un ampio spettro di attività aperte alla concorrenza e perciò bisognose sia delle libertà previste dal trattato sia della regolamentazione incondizionata e senza eccezioni predisposta da tale direttiva per una vasta categoria di servizi, ivi compresi quelli prestati da operatori che non intendono stabilirsi in un altro Stato membro. Tuttavia, occorre anche riconoscere, come risulta dall'insieme delle menzionate indicazioni che figurano nel preambolo della direttiva *Bolkestein*, che la stessa direttiva, pur rifiutando di affidare la tutela di tali libertà alla sola “*applicazione diretta degli articoli 43 e 49 del trattato*”, ha chiaramente la sua base giuridica proprio in queste due disposizioni, attualmente articoli 49 e 56 del TFUE.

Tutto lascia cioè supporre che questa giurisprudenza, nata in relazione alle concessioni di servizi, possa essere applicata in principio anche alle concessioni demaniali marittime ove ne ricorrano i presupposti. Ciò non solo in ragione del fatto che, come detto in precedenza, nell'ottica della giurisprudenza della Corte esiste un'apparente analogia tra le autorizzazioni (al cui ambito appartengono anche le concessioni demaniali marittime) e le concessioni di servizi. È soprattutto necessario riconoscere che la nota giurisprudenza *Telaustria e Telefonadress* ha in realtà affermato un principio cardine per la tutela delle libertà garantite dal trattato. Un principio fondamentale per il funzionamento del mercato interno, che può essere riassunto come segue. Le amministrazioni pubbliche, nell'autorizzare l'esercizio di un'attività economica che presuppone un diritto di stabilimento, sono obbligate ad attuare una procedura trasparente e non discriminatoria (solo) nel caso in cui tale attività potrebbe interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui una siffatta attività è autorizzata. Si tratta in altri termini di applicare il menzionato concetto di “*interesse transfrontaliero certo*”, quale risultante da una giurisprudenza europea già consolidata all'epoca della sentenza citata nella suddetta lettera di messa in mora della Commissione²⁰. Ci sono, invece, buone ragioni per credere che l'assenza di questo specifico interesse in un'attività del genere renda inapplicabile il diritto europeo per la mancanza di un presupposto essenziale per la sua stessa operatività.

Vale inoltre la pena di menzionare che, a conferma del carattere pervasivo del concetto di “*interesse transfrontaliero certo*” nel contesto delle norme e dei principi che regolano e proteggono il mercato interno, la Corte di giustizia ha applicato tale principio anche ad altre situazioni non disciplinate dalle direttive europee in materia di appalti. La giurisprudenza in esame, sorta inizialmente in relazione alle concessioni di servizi, è stata successivamente estesa anche agli appalti il cui valore non raggiunge la soglia di applicazione delle direttive appalti²¹, nonché agli appalti di servizi che per loro natura, a prescindere dal loro valore, non devono essere aggiudicati a mezzo di una gara pubblica²². Infine, il

²⁰ Vedi per tutte le sentenze 15/5/2008, cause riunite C-147/06 e 148/06, *SECAP e Santorso*, p. 34 e 17/7/2008, causa C-347/06, *ASM Brescia SpA*, p. 62.

²¹ Sentenze 5 aprile 2017, causa C-298/15, *Borta UAB*, p.43, 45, 61 e 4 aprile 2019, causa C-699/17, *Allianz Vorsorgekasse AG*, p. da 49 a 52..

²² Sentenza 8 febbraio 2018, causa C-144/17, *Lloyd's of London*, p. 23 e giurisprudenza ivi citata.

Giudice europeo ha applicato la suddetta giurisprudenza anche ai contratti che aggiudicano una prestazione senza rivestire i caratteri formali richiesti al riguardo dalle menzionate direttive, quale ad esempio la necessaria forma scritta²³.

Nel quadro della giurisprudenza in esame è bene, infine, ricordare che, a seconda del caso, spetta alla Commissione (se si tratta di una procedura di infrazione)²⁴ ovvero al giudice nazionale (nel caso di un rinvio pregiudiziale)²⁵ dimostrare che il contratto in questione presenta, per un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice interessata, un *interesse transfrontaliero certo*, con la conseguenza che, non avendo avuto accesso ad informazioni adeguate prima dell'aggiudicazione dell'appalto, tale impresa non sarebbe stata in grado di manifestare il suo interesse a partecipare alla relativa gara. E', poi, opportuno precisare che, secondo una giurisprudenza costante, espressa nell'ambito particolare delle procedure di infrazione, la Commissione ha l'onere di fornire alla Corte tutti gli elementi necessari alla verifica di un inadempimento del genere, senza potersi fondare su alcuna presunzione²⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza europea in tema di "*interesse transfrontaliero certo*" ha lasciato anche intendere che l'accertamento dell'esistenza di questo criterio nell'ambito di un'attività economica non dipende esclusivamente dal requisito della cittadinanza straniera del promotore che richiede di mettere in concorrenza tale attività²⁷. La Corte ha infatti più volte affermato che, nel valutare l'esistenza di un "*interesse transfrontaliero certo*", si può anche tenere conto di denunce presentate da operatori situati in Stati membri diversi da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, ma non ha mai sostenuto che tale circostanza sia dirimente al fine di determinare la sussistenza di un siffatto carattere. Ne dovrebbe conseguire che, a seconda del caso, ossia ai sensi dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, letto nel significato suggerito dal presente scritto, ovvero ai sensi degli articoli 49 e 56 del TFUE, anche un promotore nazionale sarebbe legittimato a richiedere all'amministrazione competente, in forza della giurisprudenza *Costanzo*²⁸, di aprire alla concorrenza qualsiasi concessione balneare dotata di tale carattere, applicando il diritto dell'Unione europea in materia²⁹.

È bene inoltre avvertire che questa linea di pensiero richiede di essere completata da due ulteriori considerazioni intese a chiarire la sua effettiva portata. Da una parte, occorre tenere presente che, a fronte del diritto del promotore interessato di ottenere l'apertura di una procedura di messa in

²³ Sentenza 18/12/2007, causa C-532/03, *Commissione c. Irlanda*, p. 15 e 28.

²⁴ Sentenza 29/11/2007 causa C-119/06, *Commissione c. Italia*, p. 65.

²⁵ Sentenze 15/5/2008, cause riunite C-147/06 e 148/06, cit., p. 34 e 6 ottobre 2016, causa C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, punto 22.

²⁶ Sentenze 13/11/2007, causa C-507/03, *Commissione c. Irlanda*, p. 32-33 e 20 marzo 2018, causa C-187/16, *Commissione c. Austria*, p. 105.

²⁷ Sentenza 19 aprile 2018 causa C-65/17, *Oftalma Hospital Srl*, p. 40.

²⁸ Sentenza 24/5/2012, causa C-97/11, *Amia spa*, p. 38 e giurisprudenza ivi citata.

²⁹ Nei punti 109 e 110 delle sue conclusioni relative al caso in esame l'A.G. Szpunar ha precisato che gli articoli 49 del TFUE e 12 della direttiva 2006/123/CE hanno effetto diretto.

concorrenza, resta pur sempre la facoltà dei controinteressati di far valere le loro ragioni in sede di giudizio, dove, tra l'altro, potrà essere anche considerata l'opportunità di un eventuale indennizzo³⁰. Da un'altra parte, non si può sottacere come i Giudici di Lussemburgo abbiano costantemente ribadito che, normalmente, le norme del Trattato relative alla libera circolazione in generale ed alla libertà di stabilimento in particolare non sono applicabili ad attività che, in tutti i loro elementi, si collocano all'interno di un solo Stato membro³¹. Ne discende che questa giurisprudenza consolidata impedirebbe al giudice nazionale di effettuare un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE nel caso in cui egli non fosse certo del carattere transfrontaliero dell'attività di servizi in contenzioso.

5. Gli argomenti complementari che concorrono ad indebolire le ragioni della Commissione

La proposta di una linea di pensiero che prevede la possibilità di adottare la suddetta giurisprudenza *Telaustria e Telefonadress* nei confronti delle concessioni demaniali marittime in generale sembra peraltro suscitare anche ulteriori dubbi circa l'effettivo significato dell'art. 12 della "direttiva servizi" e della sentenza in esame. A questo riguardo è, in primo luogo, opportuno richiamare l'attenzione sulle considerazioni svolte dal Giudice europeo in una sentenza riguardante proprio le concessioni demaniali marittime, anche se in relazione ad una questione di carattere fiscale³². Le motivazioni di tale sentenza indicano che un rapporto giuridico nell'ambito del quale ad un soggetto è concesso il diritto di occupare e di usare, in modo anche esclusivo, un bene pubblico, specificamente zone del demanio marittimo, per una durata limitata e dietro corrispettivo, rientra nella nozione di "locazione di beni immobili". Ne consegue che, se la stessa nozione potesse/dovesse essere estesa anche a situazioni estranee alla normativa fiscale, ciò rischierebbe di inficiare il valore di ogni ragionamento inteso ad applicare il diritto dell'Unione alle concessioni balneari sul fondamento del concetto di "autorizzazione".

In secondo luogo, è evidente che la facoltà di concedere il diritto di occupare ed utilizzare zone del demanio marittimo al fine di avviare un'attività economica rientra nel potere delle pubbliche autorità degli Stati membri di disporre di beni appartenenti al proprio regime di proprietà. In questo senso, anche le concessioni demaniali marittime devono essere considerate come un'espressione dei poteri insiti nei regimi di proprietà degli Stati membri. Quando uno Stato membro concede il diritto di occupare ed utilizzare zone del demanio marittimo ciò avviene nell'esercizio di una facoltà che gli compete in quanto proprietario di tali aree. Il pensiero corre quindi all'art. 345 del TFUE ed ai principi che la Corte di giustizia ha richiamato nella sua interpretazione di tale articolo³³.

³⁰ A quest'ultimo proposito vedi il punto 72 della sentenza 14/7/2014, cause riunite C-458/14 e 67/15, *Promoimpresa Srl.*, cit.

³¹ Sentenza 12/12/2013, causa C-292/12, *RagnSells AS*, p. 70 e giurisprudenza ivi citata.

³² Sentenza 25/10/2007, causa C-174/06, *CO.GE.P.*, p. 31-36.

³³ Per quanto possa occorrere si rammenta che il testo dell'art. 345 TFUE recita "I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

E' ovvio che non rientra nell'ambito del presente lavoro rievocare la storia, la portata e le finalità di questa norma. E' sufficiente allo stato ricordare come fin dall'origine la giurisprudenza della Corte abbia ritenuto che l'art. 345 TFUE non esprime un principio assoluto di non interferenza dei trattati nei regimi di proprietà degli Stati membri e non impedisce che il diritto dell'Unione europea incida sui regimi nazionali e sullo stesso diritto di proprietà. Ciò significa, in altre parole, che le decisioni delle autorità nazionali in materia di proprietà trovano un limite nelle norme e nei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea. Diverse sentenze della Corte affermano così che la discrezionalità degli Stati membri ai sensi di tale disposizione trova un limite nel principio di non discriminazione o nelle norme che disciplinano la concorrenza e, in generale, non può giustificare il sorgere di ostacoli alle libertà previste dal trattato³⁴.

Ora, alla luce della suddetta giurisprudenza "*Telaustria e Telefonadres*" sembra lecito ritenere che ostacoli del genere possono sorgere nell'ambito delle concessioni demaniali marittime (anche se considerate delle locazioni di beni immobili) solo qualora le stesse rivestano un *interesse transfrontaliero certo* e siano aggiudicate in violazione dei principi stabiliti dalla suddetta giurisprudenza relativa agli articoli 49 e 56 del TFUE. Per contro, un obbligo assoluto ed incondizionato a carico delle autorità pubbliche di attuare in ogni caso (e cioè anche in assenza di un *interesse transfrontaliero certo*) una procedura di aggiudicazione del loro patrimonio immobiliare nei termini imposti dalla "direttiva servizi" rappresenterebbe una chiara limitazione al regime di proprietà dei singoli Stati membri. Più precisamente, una vasta giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'art. 345 TFUE autorizza a ritenere che una norma di rango derivato quale la direttiva 2006/123/CE non possa imporre agli Stati membri una limitazione ai loro regimi di proprietà che è sicuramente estranea ai canoni ammessi da tale giurisprudenza. Un obbligo del genere potrebbe cioè costituire, rispetto allo scopo perseguito dalle autorità pubbliche con le concessioni demaniali marittime, un intervento sproporzionato e quindi inaccettabile nei confronti delle loro prerogative di titolari di un diritto di proprietà, tale da ledere la sostanza stessa di tale diritto.

6. Conclusioni

La Commissione europea ha aperto una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia a causa di una recente legislazione nazionale che ha prorogato ulteriormente al 2033 le concessioni balneari *esistenti*. L'iniziativa della Commissione si fonda sulla sentenza in data 14 luglio 2014, con la quale la Corte di giustizia ha affermato l'illegittimità di un'analoga proroga per violazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e degli articoli 49 e 56 del TFUE. Tuttavia, con tutto il rispetto dovuto a questa

³⁴ F. Filpo: Commento all'art. 345 TFUE, "in Codice operativo dell'Unione europea", a cura di C. Curti Gialdino, Napoli 2012, pp. 2322-2326, e A. Gardella: Commento all'art. 345 TFUE in "Trattati dell'Unione Europea", a cura di A. Tizzano, 2 ed., Milano 2014, pp. 2509-2515, nonché la giurisprudenza ivi citata. V. per tutte la sentenza 23 settembre 2003, causa C-452/01, *Ospelit*, p. 24.

autorevole pronuncia, non è possibile sottacere il fatto che un'interpretazione della "direttiva servizi" nel senso indicato dalla Commissione non sembra essere in armonia con la giurisprudenza espressa dalla stessa Corte in relazione a casi analoghi. Più precisamente, si manifesta l'esigenza di richiamare l'attenzione della suddetta istituzione sull'opportunità di rivedere la problematica delle concessioni balneari italiane alla luce di un quadro giurisprudenziale più ampio, atto ad assicurare una chiara visione di tutti gli aspetti che caratterizzano la vicenda e le sue conseguenze. In questa prospettiva, appare rilevante una giurisprudenza che la Corte di giustizia ha sviluppato al fine di applicare il diritto dell'Unione a situazioni che presentano un profilo giuridico analogo a quello delle concessioni balneari italiane. L'insieme di questa significativa giurisprudenza è rammentata nel corso del presente scritto, con l'auspicio che la Commissione, avendola utilizzata più volte in passato, non voglia disconoscerne l'indubbia pertinenza e validità in occasione della presente circostanza.

Alla luce di tale giurisprudenza sembra, pertanto, lecito concludere suggerendo una diversa e più corretta interpretazione dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, che consenta di applicare la sua disciplina solo alle concessioni demaniali marittime che presentano un *interesse transfrontaliero certo*. La responsabilità di accertare la sussistenza di un siffatto requisito compete all'amministrazione concedente o, in ultima istanza, al giudice nazionale competente³⁵. In questa ottica, è inoltre opportuno sottolineare che l'autorizzazione all'esercizio di una concessione balneare costituisce un'espressione dei poteri insiti nei regimi di proprietà degli Stati membri. Di conseguenza, è anche legittimo credere che, ai sensi dell'art. 345 TFUE, non è consentito sottoporre ai principi ed alle norme dell'Unione un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica su aree del demanio marittimo allorché un'attività del genere non presenta un *interesse transfrontaliero certo*.

Insomma, secondo l'interpretazione proposta dal presente scritto, la normativa nazionale che ha prorogato al 2033 la durata delle concessioni balneari *esistenti* non violerebbe il diritto dell'Unione europea nel caso di attività di servizi balneari che non presentano un *interesse transfrontaliero certo*. Resta salvo, naturalmente, il giudizio di legittimità costituzionale della normativa nazionale che ha autorizzato la proroga in questione. In questa ottica, si deve inoltre ritenere che, nel rispetto della legge italiana che ha recepito la "direttiva servizi"³⁶, i principi in materia di par condicio, d'imparzialità e di trasparenza si applicano, in quanto attività suscettibile di apprezzamento in termini economici, a qualsiasi concessione balneare autorizzata dopo l'entrata in vigore della suddetta normativa di proroga.

³⁵ Una responsabilità in tal senso spetta peraltro anche alla Commissione europea nell'eventualità di una procedura di infrazione.

³⁶ D. L. 26 marzo 2010, n. 59, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 94 del 23 aprile 2010 - Suppl. Ordinario n. 75.