



Consiglio
dell'Unione europea

Bruxelles, 31 luglio 2018
(OR. en)

11509/18

ECOFIN 771
POLGEN 135
COMPET 544
RECH 349
ENER 285
TRANS 338
ENV 542
EDUC 296
SOC 489
EMPL 389
EF 219
AGRI 385
TELECOM 240
UEM 273
JAI 819

NOTA DI TRASMISSIONE

Origine:	Jordi AYET PUIGARNAU, Direttore, per conto del Segretario Generale della Commissione europea
Data:	30 luglio 2018
Destinatario:	Jeppe TRANHOLM-MIKKELSEN, Segretario Generale del Consiglio dell'Unione europea

n. doc. Comm.:	COM(2018) 547 final
Oggetto:	COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO E AL CONSIGLIO Tutela degli investimenti intra-UE

Si trasmette in allegato, per le delegazioni, il documento COM(2018) 547 final.

All.: COM(2018) 547 final



Bruxelles, 19.7.2018
COM(2018) 547 final

**COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO E AL
CONSIGLIO**

Tutela degli investimenti intra-UE

I. Introduzione

Promuovere e tutelare gli investimenti nell'Unione europea

Il mercato unico dell'Unione europea è un'area unica nel suo genere per opportunità di investimento. Uno dei principali obiettivi del *Piano di investimenti per l'Europa*¹ è quello di creare un contesto normativo più prevedibile, stabile e chiaro al fine di promuovere gli investimenti. Nell'ambito di questa attività, il *Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali*² e la *revisione intermedia*³ hanno sottolineato che un clima imprenditoriale stabile è essenziale per promuovere maggiori investimenti all'interno dell'Unione europea. La Commissione si impegna a preservare e migliorare sia un contesto normativo prevedibile, stabile e chiaro sia l'efficace applicazione dei diritti degli investitori. La presente Comunicazione mira a fornire una guida sulle norme unionali vigenti in materia di trattamento degli investimenti transfrontalieri dell'UE.

Il diritto dell'UE, sviluppato gradualmente nel corso dei decenni, fornisce agli investitori un alto livello di protezione, sebbene non risolve tutte le problematiche che gli investitori possono trovarsi ad affrontare nelle loro attività. Il diritto dell'UE ha rappresentato la base per lo sviluppo del mercato unico quale area in cui gli investitori godono della libertà di creare un'impresa, investire in società, importare ed esportare beni e fornire servizi a livello transfrontaliero traendo beneficio da un trattamento equo e non discriminatorio a livello transfrontaliero. La libera circolazione dei capitali è alla base di qualsiasi investimento e il trattato vieta i provvedimenti che indebitamente impediscono o scoraggiano la circolazione dei capitali e i pagamenti transfrontalieri.

Al contempo, il diritto dell'UE permette ai mercati da sottoporre a regolamentazione di perseguire interessi pubblici legittimi quali la sicurezza pubblica, la salute pubblica, i diritti sociali, la tutela dei consumatori o dell'ambiente, che possono avere conseguenze anche sugli investimenti. Le autorità pubbliche dell'UE e degli Stati membri hanno il diritto e la responsabilità di tutelare gli investimenti e al contempo di regolamentare i mercati. L'UE e gli Stati membri, pertanto, possono legittimamente adottare misure al fine di tutelare quegli interessi che potrebbero avere un impatto negativo sugli investimenti; possono farlo tuttavia soltanto in alcune circostanze e a determinate condizioni, nonché in conformità con il diritto dell'UE.

Gli investitori transfrontalieri all'interno dell'UE possono far valere i diritti dell'UE direttamente applicabili, i quali prevalgono sulle leggi nazionali. I giudici nazionali hanno un ruolo e una responsabilità speciali nella tutela degli investimenti. Insieme alla Corte di

¹https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/investment-plan-europe-juncker-plan_it

² COM(2015)0468 final.

³ COM(2017)292 final.

giustizia dell'UE ("CGUE" o "Corte di giustizia") attraverso il procedimento di rinvio pregiudiziale⁴, i giudici nazionali devono assicurare in assoluta indipendenza la piena applicazione del diritto dell'UE e la tutela giurisdizionale dei diritti delle persone in tutti gli Stati membri. I diritti degli investitori transfrontalieri inoltre sono tutelati nell'UE anche attraverso una serie di meccanismi pubblici volti a prevenire le violazioni e a risolvere le difficoltà che gli investitori potrebbero dover affrontare con le autorità nazionali.

Negli ultimi decenni i governi hanno promosso gli investimenti transfrontalieri concludendo trattati bilaterali di investimento (TBI). Tali TBI includono di norma il diritto al trattamento nazionale e al trattamento della nazione più favorita, al trattamento giusto ed equo, alla tutela contro l'esproprio e al libero trasferimento di fondi. Gli investitori possono invocare la violazione di tali disposizioni dinanzi ai collegi di arbitrato tra investitori e Stati. Disposizioni analoghe sono contenute nel trattato sulla Carta dell'energia, un trattato sull'investimento plurilaterale istituito dall'UE per incentivare gli investimenti nel settore energetico⁵. L'UE ha avviato riforme sostanziali su tali accordi nel contesto esterno all'UE.

Alcuni paesi con cui gli Stati membri dell'UE avevano precedentemente concluso TBI hanno successivamente aderito all'UE. A seguito dell'adesione, le norme sostanziali dei TBI applicati tra gli Stati membri ("TBI intra-UE") hanno creato un sistema parallelo di trattati che si sovrappone alle norme del mercato unico, ostacolando quindi la piena applicazione del diritto dell'UE. Questo avviene ad esempio quando i TBI intra-UE vengono interpretati in modo da costituire la base per la concessione di aiuti di stato illegali in violazione delle condizioni di parità nel mercato unico.

I TBI intra-UE conferiscono diritti soltanto agli investitori di uno dei due Stati membri interessati, in conflitto con il principio di non discriminazione tra gli investitori dell'UE all'interno del mercato unico sancito dal diritto dell'UE. Inoltre, tramite l'istituzione di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie, i TBI intra-UE sottraggono alla giurisdizione nazionale le controversie che riguardano misure nazionali e fanno riferimento al diritto dell'UE. Essi affidano tali controversie ad arbitri privati, i quali non possono applicare adeguatamente il diritto dell'UE, in assenza del dialogo giurisdizionale indispensabile con la Corte di giustizia.

Per tali ragioni, la Commissione europea ha sempre ritenuto che i TBI intra-UE fossero incompatibili con il diritto dell'Unione. Attraverso i pareri motivati del 23 settembre 2016, la Commissione ha inviato una richiesta formale ad Austria, Paesi Bassi, Romania, Slovacchia e Svezia al fine di sciogliere i rispettivi TBI intra-UE.

Nella recente pronuncia pregiudiziale riguardante la causa Achmea⁶, la Corte di giustizia ha

⁴ Articolo 267 del TFUE.

⁵ Il trattato sulla Carta dell'energia è stato firmato dall'UE, dagli Stati membri e da una serie di paesi terzi.

⁶ C-284/16 Achmea, ECLI:EU:C:2018:158, punti 56 e 58.

confermato che le clausole compromissorie tra investitori e Stato nei TBI intra-UE sono illegittime. La Commissione monitorerà i progressi al riguardo e, se necessario, deciderà di dare seguito ai procedimenti di infrazione.

Successivamente alla sentenza *Achmea*, la Commissione ha intensificato il dialogo con tutti gli Stati membri, invitandoli a prendere provvedimenti per sciogliere i TBI intra-UE, data la loro incontestabile incompatibilità con il diritto dell'UE.

A seguito della sentenza *Achmea*, l'illegittimità degli arbitrati intra-UE tra investitori e Stati può dar luogo alla percezione che il diritto dell'UE non fornisca obblighi sostanziali e procedurali adeguati per gli investitori intra-UE. L'ordinamento giuridico dell'UE, al contrario, tutela gli investitori transfrontalieri nel mercato unico, assicurando al contempo che gli altri interessi legittimi siano debitamente presi in considerazione. Quando gli investitori esercitano una delle libertà fondamentali, beneficiano della tutela concessa da: i) le regole del trattato che stabiliscono tali libertà; ii) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta"); iii) i principi generali del diritto dell'Unione; e iv) l'ampia legislazione settoriale specifica che copre aree come i servizi finanziari, i trasporti, l'energia, le telecomunicazioni, gli appalti pubblici, le qualifiche professionali, la proprietà intellettuale o il diritto societario⁷.

Pur non essendo esaustiva, la presente comunicazione richiama le principali norme sostanziali e procedurali del diritto dell'UE per il trattamento degli investimenti transfrontalieri nell'UE. Essa mostra come il diritto dell'UE tuteli qualsiasi forma di investimento transfrontaliero dell'UE lungo l'intero ciclo di vita, ribadisce l'obbligo per gli Stati membri di assicurare che i provvedimenti nazionali che potrebbero adottare a tutela degli interessi pubblici legittimi non limitino indebitamente gli investimenti e richiama l'attenzione degli investitori sui diritti dell'UE di cui potrebbero avvalersi dinanzi alle amministrazioni e ai tribunali.

La sentenza Achmea e le sue conseguenze

Nella sentenza *Achmea* la Corte di giustizia ha stabilito che le clausole compromissorie tra investitori e Stato previste dai TBI intra-UE compromettono il sistema di rimedi giurisdizionali previsto dai trattati dell'UE e pertanto minacciano l'autonomia, l'efficacia, il primato e l'effetto diretto del diritto dell'UE, nonché il principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri. Il ricorso a tali clausole compromette il procedimento pregiudiziale previsto dall'articolo 267 del TFUE e non è compatibile con il principio di leale cooperazione. Questo implica che tutte le clausole compromissorie tra investitori e Stato contenute nei TBI intra-UE sono inapplicabili e che qualsiasi collegio arbitrale istituito sulla base delle suddette clausole è incompetente a causa dell'assenza di un valido patto compromissorio. Di conseguenza gli organi giurisdizionali nazionali sono tenuti ad annullare qualsiasi lodo arbitrale reso su tali

⁷ Mentre la presente comunicazione fornisce alcuni esempi tratti dalla legislazione settoriale specifica, un'analisi dettagliata di tale legislazione andrebbe al di là delle sue competenze.

basi e a rifiutare l'applicazione dello stesso. Gli Stati membri che siano parti in un procedimento ancora aperto, a qualsiasi titolo, devono inoltre trarre le necessarie conseguenze dalla sentenza Achmea. In base al principio di certezza del diritto gli Stati membri sono inoltre vincolati a sciogliere formalmente i rispettivi TBI intra-UE.

La sentenza Achmea è rilevante anche per il meccanismo di arbitrato tra investitori e Stato previsto dall'articolo 26 del trattato sulla Carta dell'energia, per ciò che concerne i rapporti intra-UE. Tale disposizione, se interpretata correttamente, non prevede una clausola compromissoria tra investitori e Stato applicabile tra gli investitori di due diversi Stati membri dell'UE. Dato il primato del diritto dell'UE, tale clausola, se interpretata come applicabile a livello intra-UE, risulta incompatibile con il diritto primario dell'UE e pertanto inapplicabile. Il ragionamento della Corte per la causa Achmea si applica in egual modo all'applicazione intra-UE di tale clausola, che, proprio come le clausole dei TBI intra-UE, contempla la possibilità di sottoporre tali controversie a un organo esterno al sistema giudiziario dell'UE. Il fatto che l'UE abbia anche sottoscritto il trattato sulla Carta dell'energia non influisce su tale conclusione: la partecipazione dell'UE a tale trattato ha soltanto creato diritti e obblighi tra l'UE e i paesi terzi e non ha influito sui rapporti tra gli Stati membri dell'UE.

Ambito della comunicazione

La presente comunicazione si concentra sugli investimenti intra-UE e pertanto non riguarda gli investimenti effettuati dagli investitori dell'UE in paesi terzi o gli investimenti effettuati da paesi terzi investitori nell'UE⁸. Le norme del trattato in materia di libera circolazione si applicano alle situazioni che presentano un elemento transfrontaliero o quando la circolazione transfrontaliera è quantomeno possibile⁹. Alcune direttive e regolamenti UE che specificano e sviluppano ulteriormente le libertà fondamentali potrebbero tuttavia applicarsi anche alle situazioni puramente interne, avvantaggiando quindi tutti gli investitori, compresi gli investitori nazionali. La presente comunicazione si concentra sulla tutela degli investitori dalle misure nazionali e non dalle misure adottate dalle istituzioni e dagli organi dell'UE.

⁸ Il trattato inoltre tutela la circolazione dei capitali da e verso paesi terzi. A norma dell'articolo 64, paragrafo 3, del TFUE, il Consiglio può tuttavia adottare all'unanimità misure che comportino un regresso per quanto riguarda la liberalizzazione dei movimenti di capitali diretti in paesi terzi o provenienti da essi. Nel contesto della politica commerciale comune inoltre il 14 settembre 2017 la Commissione ha proposto un quadro europeo per il controllo degli investimenti esteri diretti provenienti da paesi terzi da parte degli Stati membri per motivi di sicurezza o di ordine pubblico: proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione europea, COM/2017/0487 final: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2017:487:FIN>.

⁹ C-67/08 Block ECLI:EU:C:2009:92, punto 21; C-98/15 Berlington Hungary, EU:C:2015:386, punto 28; cause riunite C-197/11 e C-203/11 Libert, ECLI:EU:C:2013:288, punto 34; cause riunite C-570/07 e C-571/07 Blanco Pérez e Chao Gómez, ECLI:EU:C:2010:300, punto 40; cause riunite C-51/96 e C-191/97 Deliège, EU:C:2000:199, punto 58.

Le libertà fondamentali e la maggior parte del diritto secondario derivato dell'UE si applicano in sostanza anche in Islanda, Liechtenstein e Norvegia, tramite l'accordo sullo Spazio economico europeo ("accordo SEE"), che costituisce parte del diritto dell'Unione¹⁰. Di conseguenza, il mercato unico include sostanzialmente anche questi tre paesi¹¹.

II. Il diritto dell'Unione tutela tutti gli investimenti transfrontalieri UE lungo l'intero ciclo di vita

Gli investimenti nel mercato unico possono assumere diverse forme, riflettendo una realtà economica dalle molteplici sfaccettature. Il diritto dell'UE copre e tutela qualsiasi forma di investimento. Ogni attività economica infatti rientra nel campo di applicazione di almeno una delle libertà fondamentali¹² e le libertà fondamentali si applicano anche alle attività non a scopo di lucro¹³.

Diversamente dal diritto internazionale in materia di investimenti, il diritto dell'UE tende a non utilizzare i termini "investimento" e "investitore" nel contesto del mercato unico ed è solito riferirsi agli operatori economici con il termine "cittadini" (persone fisiche o società)¹⁴, o con i termini "residente" o "non residente".

Nello specifico, il diritto dell'UE copre e tutela gli investimenti che implicano la circolazione di capitali e lo stabilimento. Tali termini si riferiscono a:

- azioni di investimento, acquisizione e costituzione di società;
- diritto all'acquisizione, all'utilizzo o all'alienazione di beni immobili;
- riacquisto di azioni e obbligazioni negoziate e quotate in una borsa valori;
- percezione di dividendi e interessi;
- concessione a titolo professionale di crediti (inclusi i crediti al consumo);
- acquisto di quote di fondi comuni di investimento; ipoteche, legati e prestiti, ecc.¹⁵;
- acquisizione di brevetti, marchi e altri diritti di proprietà intellettuale¹⁶.

¹⁰ La CGUE ha chiarito che, alla luce dell'obiettivo dell'accordo SEE di interpretare e applicare in modo uniforme le disposizioni sostanzialmente identiche a quelle della legislazione dell'UE, le libertà fondamentali in materia di tutela degli investimenti si applicano *mutatis mutandis* agli investimenti tra l'UE e i summenzionati Stati EFTA. Cfr. C-476/10 *Pepic*, ECLI:EU:C:2011:422, punti 33-35 C-72/09 *Établissements Rimbaud*, ECLI:EU:C:2010:645, punti 20-22.

¹¹ C-452/01 *Ospelt*, EU:C:2003:493, punto 29.

¹² C-452/04 *Fidium-Finanz*, ECLI:EU:C:2006:631, punto 32.

¹³ C-281/06 *Jundt*, ECLI:EU:C:2007:816, punto 33.

¹⁴ Qualsiasi persona giuridica costituita in conformità al diritto societario vigente in uno Stato membro è una persona giuridica di cui all'articolo 54 del TFUE e pertanto gode delle libertà fondamentali previste dal trattato (si veda per esempio C-6/16 *Eqiom*, ECLI:EU:C:2017:641, punti 48-49).

¹⁵ È pacifico che la direttiva 86/361/CEE, unitamente alla nomenclatura ad essa allegata, ha un valore indicativo per definire la nozione di movimenti di capitali, cfr. C-483/99 *Commissione/Francia*, ECLI:EU:C:2002:327 punto 36; cause riunite da C-578/10 a C-580/10 *Van Putten*, ECLI:EU:C:2012:246, punti 28-36.

Il diritto dell'UE tutela l'accesso al mercato, le operazioni sul mercato e il ritiro dal mercato.

i) Accesso al mercato

La creazione di una nuova attività economica è principalmente tutelata dalle libertà del mercato UE. Queste prevedono: il diritto degli investitori di trasferire capitale in altri Stati membri (articolo 63 del TFUE), incluso il capitale finanziario e fisico (come macchinari, fabbriche o altri fattori di produzione), e il diritto di stabilirsi in altri Stati membri, nonché di creare agenzie, succursali o filiali (articolo 49 del TFUE)¹⁷. La legislazione secondaria stabilisce dei limiti ai regimi di autorizzazione che possono essere imposti dagli Stati membri¹⁸ e vieta alcuni tipi di requisiti¹⁹.

La nozione di “stabilimento” implica nello specifico l'accesso e l'esercizio di un'attività economica con lo scopo di partecipare, su base stabile e continuativa, all'attività economica di uno Stato membro diverso dallo Stato di origine²⁰.

Per gli investitori che vogliono investire a livello transfrontaliero nell'UE, l'accesso agli appalti pubblici è un elemento importante dell'ecosistema degli investimenti europeo laddove vengono garantite opportunità eque di accesso al mercato. Alcune tipologie di offerte sono soggette a norme armonizzate per gli appalti pubblici²¹. Il diritto dell'UE prevede inoltre che le concessioni pubbliche e gli appalti pubblici che presentano un interesse transfrontaliero vengano aggiudicati attraverso una procedura aperta e non discriminatoria basata su criteri oggettivi, non discriminatori e proporzionati²².

¹⁶ C-255/97 Pfeiffer, ECLI:EU:C:1999:240.

¹⁷ L'investimento in una società si può manifestare sotto forma di controllo (investimento diretto) o può essere realizzato a fini di lucro, senza l'intenzione di controllare o influenzare le decisioni (investimento di portafoglio).

¹⁸ Si vedano a titolo esemplificativo gli articoli 5-13 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU L 376 del 27.12.2006, pag. 36) (“direttiva sui servizi”).

¹⁹ Ad esempio i test economici sono stati vietati a norma dell'articolo 14 della direttiva sui servizi.

²⁰ C-221/89 Factortame, ECLI:EU:C:1991:320 punto 20.

²¹ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 65); direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 243); direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 1); direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395 del 30.12.1989, pag. 33) e successive modifiche.

²² C-458/03 Parking Brixen ECLI:EU:C:2005:605, punto 72; C-380/05 Centro Europa 7, ECLI:EU:C:2008:59, punto 120; cause riunite C-458/14 e C-67/15 Promoimpresa, ECLI:EU:C:2016:558, punti 64-65.

Esempio 1 – Modalità di esercizio di una concorrenza effettiva per i nuovi operatori provenienti da altri Stati membri

C-442/02 - Caixa Bank

La Francia ha vietato alle banche la remunerazione dei conti correnti. La Corte di giustizia ha osservato che tale divieto ha costituito, per le società degli Stati membri esclusa la Francia, un serio ostacolo che ha condizionato l'accesso effettivo al mercato francese. Tale divieto ha reso ancora più difficile la raccolta di capitale dal pubblico per quegli istituti di credito che sono filiali di società estere, privandoli della possibilità di competere più efficacemente con gli istituti di credito tradizionalmente stabiliti nel mercato nazionale.

Il divieto di remunerazione dei conti correnti, sebbene fosse finalizzato a tutelare un interesse pubblico legittimo come quello di incentivare il risparmio a medio e a lungo termine, è andato oltre quanto necessario per conseguire tale obiettivo. La Corte di giustizia ha ritenuto pertanto che tale divieto violasse la libertà di stabilimento.

ii) Operare nel mercato

Quando gli investitori dell'UE iniziano a gestire un'impresa in un altro Stato membro o realizzano un altro tipo di investimento, il diritto dell'UE, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, continua ad applicarsi. In generale, il diritto dell'UE tutela gli investitori, dai provvedimenti pubblici che li priverebbero dell'utilizzo della loro proprietà o che limiterebbero l'attività d'impresa alla quale hanno partecipato, anche laddove tali misure si applichino ugualmente agli operatori nazionali²³.

Gli investitori hanno la libertà di costituire una società in uno Stato membro di loro scelta e di dotarsi di uno stabilimento secondario in un altro Stato membro, a prescindere da dove venga condotta l'intera o la principale attività d'impresa²⁴. Gli Stati membri devono riconoscere le società validamente costituite secondo il diritto di un altro Stato membro, in particolare per quanto riguarda la capacità giuridica della società di stare in giudizio/avviare un procedimento in caso di controversia²⁵.

Una società europea, se intende trasferirsi e trasformarsi in una società soggetta al diritto di un altro Stato membro, beneficia della libertà di stabilimento. A questo proposito lo Stato membro di origine non può imporre alcuna restrizione al trasferimento e alla trasformazione salvo per ragioni imperative di interesse pubblico e in modo proporzionato²⁶.

²³ Cause riunite C-52/16 e C-113/16 SEGRO, ECLI:EU:C:2018:157, punto 65; C-179/14 Commissione/Ungheria, ECLI:EU:C:2016:108.

²⁴ C-212/97 Centros, ECLI:EU:C:1999:126; C-167/01 Inspire Art, ECLI:EU:C:2003:512, punto 105.

²⁵ C-208/00 Überseering, ECLI:EU:C:2002:632, punto 9.

²⁶ C-210/06 Cartesio, ECLI:EU:C:2008:723, punto 113.

Ad esempio, l'obbligo di liquidazione della società di origine come condizione preliminare per il trasferimento in un altro Stato membro risulta sproporzionato e quindi contrario al diritto dell'UE²⁷. Gli Stati membri possono prevenire o sanzionare le frodi in conformità con il diritto dell'UE. Tuttavia, lo stabilimento della sede legale o effettiva di una società in un altro Stato membro allo scopo di usufruire di una legislazione più favorevole non costituisce di per sé un abuso²⁸.

La Commissione ha recentemente proposto un quadro che permette alle società di operare agevolmente nel mercato unico, anche quando crescono o si ristrutturano a livello transfrontaliero per adattarsi alle diverse condizioni di mercato²⁹. L'iniziativa include le procedure comuni UE per le trasformazioni e scissioni transfrontaliere e aggiorna le norme esistenti sulle fusioni transfrontaliere, stabilendo potenti garanzie per tutelare i diritti e gli interessi legittimi dei dipendenti, dei soci e dei creditori e per prevenire l'utilizzo di tali procedure volto a creare costruzioni artificiali finalizzate in particolare all'ottenimento di indebiti vantaggi fiscali, in conformità con la giurisprudenza.

Una società dell'UE che desidera fornire servizi a titolo temporaneo invece di stabilirsi in un altro Stato membro è autorizzata a dotarsi delle necessarie infrastrutture nello Stato membro ospitante³⁰. Gli Stati membri non possono subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul loro territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, che renderebbero inefficace la libertà di fornire servizi³¹. Ciò si applica ad esempio alle qualifiche professionali³², ai benefici sociali per i dipendenti³³, alle licenze di esercizio³⁴, agli obblighi generali di dichiarazione per i prestatori di servizi³⁵, o agli obblighi generali relativi alla traduzione della documentazione di supporto³⁶.

Gli investitori impegnati nella produzione sono inoltre ulteriormente tutelati in quanto i beni legalmente presenti nel mercato in uno Stato membro possono, in linea di principio, essere commercializzati liberamente nel mercato unico grazie alla libera circolazione dei beni³⁷. Diverse norme dell'UE hanno armonizzato questioni rilevanti e istituito meccanismi per rendere attuabile nella pratica il principio di reciproco riconoscimento tra gli Stati membri per

²⁷ C-106/16 Polbud, ECLI:EU:C:2017:804, punto 65.

²⁸ C-106/16 Polbud ECLI:EU:C:2017:804, punto 62.

²⁹ Cfr. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM%3A2018%3A241%3AFIN>

³⁰ C-55/94 Gebhard, ECLI:EU:C:1995:411, punto 27.

³¹ C-76/90 Säger, ECLI:EU:C:1991:331, punto 13.

³² C-342/14 X-Steuerberatungsgesellschaft, ECLI:EU:C:2015:827; C-76/90 Säger, ECLI:EU:C:1991:331, punto 21.

³³ C-272/94 Guiot, ECLI:EU:C:1996:147, punti 14 e 15.

³⁴ C-496/01 Commissione/Francia, ECLI:EU:C:2004:137, punto 65.

³⁵ C-577/10 Commissione/Belgio ("Limosa"), ECLI:EU:C:2012:814, punto 47; C-490/04 Commissione/Germania, ECLI:EU:C:2007:430, punto 89.

³⁶ C-490/04 Commissione/Germania, ECLI:EU:C:2007:430, punti 68 e 69.

³⁷ Articoli 28 e 29 del TFUE.

la libera circolazione dei beni³⁸.

Gli investitori, durante gli investimenti transfrontalieri, possono assumere personale nello Stato ospitante³⁹. I lavoratori dell'Unione godono del diritto di spostarsi liberamente (articolo 45 del TFUE). Per coloro che prestano temporaneamente servizi in un altro Stato membro, lo Stato membro ospitante non può sottoporre lo spostamento del personale, compresi i lavoratori provenienti da paesi terzi, a condizioni restrittive ingiustificate o sproporzionate come l'obbligo di ottenere un permesso di lavoro⁴⁰. In un'ottica di riconciliazione della libera circolazione nel mercato unico con la tutela dei lavoratori, il diritto del lavoro del paese ospitante si applica ai lavoratori distaccati per quanto riguarda le questioni contemplate nella direttiva 97/71/CE sui lavoratori distaccati⁴¹.

Il diritto dell'UE sul mercato unico si estende inoltre alle norme fiscali, di fondamentale importanza per gli investitori. Ad esempio l'IVA, le accise e la tassazione dell'energia sono regolate dalle direttive UE. Inoltre, sebbene allo stato attuale del diritto dell'UE la tassazione diretta sia di competenza degli Stati membri, questi ultimi devono comunque esercitare tale competenza in conformità al diritto dell'UE, incluse le libertà fondamentali⁴². Il diritto secondario dell'UE pone inoltre alcuni limiti a tale competenza nazionale. Ad esempio, per garantire la neutralità fiscale la direttiva sulle società madri e figlie⁴³ prevede l'esenzione della ritenuta alla fonte degli utili conferiti da una società figlia alla propria società madre. Gli Stati membri pertanto non possono istituire unilateralmente misure restrittive e subordinare a varie condizioni il diritto di beneficiare dell'esenzione dalla ritenuta alla fonte previsto dall'articolo 5, paragrafo 1, di tale direttiva⁴⁴.

³⁸ Cfr. in particolare la comunicazione della Commissione "Pacchetto merci: rafforzare la fiducia nel mercato unico", del 19 dicembre 2017 (COM/2017/0787 final).

³⁹ C-201/15 AGET Iraklis, ECLI:EU:C:2016:972, punto 52.

⁴⁰ C-113/89 Rush Portuguesa, ECLI:EU:C:1990:142, punto 12.

⁴¹ Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (GU L 18, 21.1.1997, pag. 1). Cfr. anche la direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno ("regolamento IMI") (GU L 159 del 28.5.2014, pag. 11).

⁴² C-319/02 Manninen, ECLI:EU:C:2004:484, punto 19.

⁴³ Articolo 5 della direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (GU L 345 del 29.12.2011, pag. 8) e successive modifiche.

⁴⁴ Cause riunite C-504/16 e 613/16 Deister Holding, ECLI:EU:C:2017:1009, punti 51-52.

Esempio 2 – I fondi pensione residenti in altri Stati membri godono dello stesso trattamento dei fondi pensione nazionali

C-493/09 - Commissione/Portogallo

Ai sensi del diritto portoghese, i dividendi ricevuti dai fondi pensione portoghesi erano esenti da tasse a condizione che le azioni fossero detenute per almeno un anno; per contro, la ritenuta alla fonte (in principio del 20%) era stata estesa ai dividendi corrisposti a fondi pensione stabiliti in altri Stati membri a fronte del reddito ottenuto in territorio portoghese. La Corte di giustizia ha confermato che la legislazione portoghese era contraria alla libera circolazione dei capitali prevista dal trattato. La Corte di giustizia ha considerato che il Portogallo non ha fornito giustificazioni sufficienti in merito al trattamento discriminatorio dei dividendi corrisposti a fondi pensione stabiliti in altri Stati membri. Inoltre, l'impossibilità dei fondi pensione non residenti di fruire in qualsiasi circostanza dell'esenzione concessa ai fondi pensione residenti in Portogallo non era proporzionata alle difficoltà riguardanti la raccolta delle informazioni e la riscossione dei debiti fiscali fatti valere dal Portogallo.

iii) Uscita dal mercato

I diritti degli investitori in conformità al diritto dell'UE includono la libertà di determinare la natura e la portata della propria attività economica. La Corte di giustizia ha pertanto riconosciuto agli operatori economici anche il diritto di decidere le dimensioni del loro investimento e la libertà di ridurre, successivamente, il volume della loro attività o persino di rinunciare a quest'ultima⁴⁵. Tale libertà può essere ostacolata soltanto per ragioni debitamente giustificate e in modo proporzionato.

III. Il diritto dell'Unione tutela gli investitori dalle restrizioni ingiustificate

Le restrizioni sugli investimenti si possono manifestare in diversi modi, tra cui:

- divieto di acquisire partecipazioni nel capitale di una società in un altro Stato membro⁴⁶;
- divieto di vendita di azioni nei sistemi di distribuzione di elettricità e gas a investitori privati (divieto di privatizzazione);
- divieto sui fondi pensione che investono oltre il 5 % dei propri attivi all'estero⁴⁷;

⁴⁵ C-201/15 AGET Iraklis, ECLI:EU:C:2016:972, punto 53.

⁴⁶ C-148/91 Veronica, ECLI:EU:C:1993:45 punto 8 e ss.

⁴⁷ C-271/09 Commissione/Polonia, ECLI:EU:C:2011:855 punto 51 (restrizione sui fondi pensione).

- norme che prevedono l'obbligo di depositare i titoli emessi o pagabili all'estero presso una banca abilitata o una banca estera scelta da una banca abilitata⁴⁸;
- diritti speciali detenuti dagli Stati membri in alcune imprese successivamente alla privatizzazione ("azioni privilegiate")⁴⁹; e
- regimi di autorizzazione preliminare per gli investimenti immobiliari (ad esempio in terreni agricoli)⁵⁰.

Nelle restrizioni dei diritti degli investitori dell'UE le autorità pubbliche devono tuttavia adeguarsi ai limiti stabiliti dal diritto dell'UE.

1. La discriminazione e le restrizioni nazionali dei diritti degli investitori sono in linea di principio vietate

In conformità al trattato la discriminazione sulla base della nazionalità così come qualsiasi altra forma di discriminazione è in linea di principio vietata ed è lecita soltanto in circostanze eccezionali. Tale divieto riguarda la discriminazione indiretta e pertanto si estende alle misure che utilizzano criteri apparentemente neutrali ma che conducono nella pratica a un risultato equivalente alla discriminazione⁵¹.

Il legislatore UE ha completamente vietato qualsiasi forma di discriminazione basata sulla nazionalità, di natura diretta o indiretta, in alcune aree pienamente o parzialmente armonizzate, ad esempio nella direttiva sui servizi o nelle direttive nel settore delle telecomunicazioni⁵².

Oltre alla discriminazione, il trattato prevede inoltre che una restrizione sia anche qualsiasi misura indistintamente applicabile⁵³ in grado di vietare, ostacolare o rendere meno attraente l'esercizio di una delle libertà fondamentali, anche se indirettamente o potenzialmente.

Tale restrizione è vietata, a meno che essa non sia debitamente giustificata e conforme ai

⁴⁸ C-157/85 Brugnoli, ECLI:EU:C:1986:258 punto 21.

⁴⁹ Tali azioni sono state avviate a seguito della comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari, del 19 luglio 1997; [http://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y0719\(03\)&from=en](http://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y0719(03)&from=en).

⁵⁰ Cfr. la comunicazione interpretativa della Commissione sull'acquisizione di terreni agricoli e il diritto dell'Unione europea:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=OJ:C:2017:350:TOC>

⁵¹ C-83/14 CHEZ Bulgaria, ECLI:EU:C:2015:480, punto 94. La discriminazione non presuppone che soltanto i cittadini siano privilegiati o che soltanto gli stranieri siano messi in difficoltà (C-388/01 Commissione/Italia, ECLI:EU:C:2003:30, punto 14).

⁵² Direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) (GU 2002 L 108 del 24.4.2002, pag. 21), modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009 (GU 2009 L 337 del 18.12.2009, pag. 37); direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) (GU 2002 L 108 del 24.4.2002, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE; direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (GU 2002 L 249 del 17.9.2002, pag. 21).

⁵³ Ossia ugualmente applicabile ai cittadini e agli stranieri.

principi generali del diritto dell'UE e ai diritti fondamentali⁵⁴, anche se è di debole portata o di importanza minore⁵⁵ e adottata dallo Stato membro di origine dell'investitore⁵⁶. Tale divieto riguarda in particolare le leggi nazionali, altre misure generalmente applicabili e le singole decisioni amministrative.

Esempio 3 – L'obbligo di notificazione per gli investitori può anche costituire una restrizione illecita

C-577/10 – Commissione/Belgio (“Limosa”)

In conformità alla legislazione belga, i prestatori di servizi stranieri devono inviare alle autorità nazionali competenti una previa dichiarazione contenente i dettagli della propria attività in Belgio. La Commissione ha contestato tale legislazione per quanto riguarda la sua applicazione ai prestatori di servizi autonomi.

La Corte di giustizia ha ritenuto che l'azione fosse fondata, considerando inizialmente che la misura in questione rappresentasse una restrizione alla libera prestazione di servizi. La Corte di giustizia ha accettato che la tutela dei lavoratori, invocata dal Belgio, fosse un interesse pubblico legittimo. La Corte di giustizia ha tuttavia stabilito che il Belgio non ha fornito giustificazioni sufficientemente convincenti, laddove incombeva ad esso provvedervi, sotto qual profilo la comunicazione di tali informazioni così dettagliate risulti necessaria per conseguire gli obiettivi di interesse generale da esso invocati e sotto qual profilo l'obbligo di previa comunicazione di tali informazioni non vada oltre i limiti di quanto necessario ai fini del conseguimento degli obiettivi medesimi. La Corte di giustizia ha in tale contesto ricordato che qualsiasi presunzione di abuso da parte degli operatori economici stranieri risulta incompatibile con il trattato.

2. Le restrizioni nazionali devono essere giustificate

Le libertà del mercato e i diritti fondamentali non sono assoluti ma devono essere controbilanciati dalle autorità pubbliche con altri obiettivi di politica pubblica.

a. Alcune restrizioni non possono mai essere giustificate

Alcuni tipi di restrizioni sono di per sé incompatibili con il trattato, ad esempio le condizioni di reciprocità nei confronti di altri Stati membri⁵⁷ o la presunzione di frode nei confronti degli stranieri⁵⁸.

⁵⁴ C-492/14 Essent Belgium, ECLI:EU:C:2016:732, punti 96-97.

⁵⁵ C-315/13 De Clercq, ECLI:EU:C:2014:2408, punto 61.

⁵⁶ C-384/93 Alpine Investments, ECLI:EU:C:1995:126, punti 29-31.

⁵⁷ C-5/94 Hedley Lomas, ECLI:EU:C:1996:205, punti 19-20; C-266/03 Commissione/Lussemburgo, ECLI:EU:C:2005:341, punto 35.

⁵⁸ C-577/10 Commissione/Belgio (“Limosa”), ECLI:EU:C:2012:814, punto 53; C-106/16 Polbud,

Alcuni tipi di restrizioni significative sono stati inoltre completamente vietati dal legislatore UE (ad esempio la “lista nera” contemplata nell’articolo 14 della direttiva sui servizi vieta l’obbligo di avere uno stabilimento principale)⁵⁹.

Inoltre, per le questioni non completamente armonizzate, le norme dell’UE riducono al minimo la discrezionalità delle autorità nazionali o dell’UE, ad esempio istituendo criteri per la valutazione prudenziale delle partecipazioni qualificate negli istituti finanziari⁶⁰.

b. Alcune restrizioni possono essere giustificate da legittimi obiettivi pubblici

Il diritto dell’UE contempla restrizioni alle libertà fondamentali, se giustificate da obiettivi espressamente elencati nel trattato. L’articolo 52 del trattato ad esempio contempla restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi sulla base di motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e salute pubblica.

Le restrizioni che non discriminano in base alla nazionalità possono inoltre essere giustificate da ragioni imperative di interesse pubblico riconosciute dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Queste includono:

- tutela dell’ambiente⁶¹,
- coerenza del regime fiscale⁶²,
- lotta contro l’evasione fiscale⁶³,
- mantenimento di una popolazione rurale e lotta alla speculazione fondiaria eccessiva⁶⁴,
- pianificazione territoriale (ad esempio le limitazioni sulle dimore secondarie)⁶⁵,
- tutela dei consumatori⁶⁶,
- tutela dei lavoratori⁶⁷, e
- tutela dei creditori e degli azionisti di minoranza⁶⁸.

ECLI:EU:C:2017:804, punto 63.

⁵⁹ C-593/13 Rina Services, ECLI:EU:C:2015:399; C-179/14 Commissione/Ungheria, ECLI:EU:C:2016:108, punto 47.

⁶⁰ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE (CRD IV) (GU L 176 del 27.6.2013, pag. 338); direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE (MiFID II) (GU L 173 del 12.6.2014, pag. 349); direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (solvibilità II) (GU L 335 del 17.12.2009, pag. 1).

⁶¹ C-400/08 Commissione/Spagna (“centri commerciali in Catalogna”), ECLI:EU:C:2011:172, punto 74. Cfr. anche l’articolo 3, paragrafo 3, del TUE e gli articoli 11 e 191 del TFUE.

⁶² C-204/90 Bachmann, ECLI:EU:C:1992:35, punto 28.

⁶³ C-72/09 Etablissements Rimbaud, ECLI:EU:C:2010:645, punto 33 e ss.

⁶⁴ C-370/05 Festersen, ECLI:EU:C:2007:59, punto 27.

⁶⁵ C-213/04 Ewald Burtscher v Josef Stauderer, ECLI:EU:C:2005:731, punto 46.

⁶⁶ C-342/14 X-Steuerberatungsgesellschaft, ECLI:EU:C:2015:827, punto 53.

⁶⁷ C-341/05 Laval, ECLI:EU:C:2007:809, punto 103.

⁶⁸ C-106/16 Polbud, ECLI:EU:C:2017:804, punto 53.

L'elenco delle ragioni imperative di interesse pubblico si è ampliato poiché la giurisprudenza della Corte ha riconosciuto la natura evolutiva degli interessi della nostra società. Il diritto dell'UE tuttavia non permette alle misure nazionali di apportare restrizioni alle libertà fondamentali per ragioni amministrative o puramente economiche⁶⁹. Gli interessi pubblici legittimi contemplati nel trattato e la giurisprudenza devono essere interpretati in modo restrittivo⁷⁰.

3. Tutte le restrizioni devono essere conformi ai principi generali del diritto dell'UE (proporzionalità, certezza del diritto e legittimo affidamento)

Qualsiasi misura nazionale adottata da uno Stato membro che rientri nel campo di applicazione del diritto dell'UE e interessi i diritti degli investitori dell'UE deve essere conforme ai principi generali applicabili del diritto dell'UE, i quali possono essere ulteriormente precisati nella legislazione dell'UE⁷¹.

In primo luogo le restrizioni nazionali devono essere proporzionate, ossia le disposizioni restrittive sono adatte a raggiungere l'obiettivo previsto, incluso il fatto che devono essere a servizio dell'obiettivo pubblico legittimo in modo coerente e sistematico⁷². Esse non devono andare oltre quanto necessario per raggiungere l'interesse pubblico⁷³. Una misura restrittiva non risulta proporzionata se vi è una possibile misura alternativa atta a perseguire l'interesse pubblico in questione in modo meno restrittivo per la libera circolazione⁷⁴.

Nella pratica, il principio di proporzionalità svolge un ruolo fondamentale. La Corte di giustizia effettua un esame approfondito quando si tratta della proporzionalità delle misure nazionali che pongono restrizioni alle libertà fondamentali. Nella valutazione della proporzionalità tutte le condizioni di fatto e di diritto del caso dovrebbero essere prese in considerazione. Spetta alle autorità nazionali dimostrare che la loro legislazione è coerente con il principio di proporzionalità. A tal riguardo le ragioni che potrebbero essere invocate da uno Stato membro come giustificazioni devono essere sostenute da prove adeguate o da un'analisi dell'idoneità e della proporzionalità delle misure restrittive⁷⁵.

⁶⁹ C-367/98 Commissione/Portogallo, ECLI:EU:C:2002:326, punto 52; C-174/04 Commissione/Italia, ECLI:EU:C:2005:350, punto 37.

⁷⁰ Cfr., tra l'altro, cause riunite [C-52/16](#) e C-113/16 SEGRO e Horváth, ECLI:EU:C:2018:157, punto 96.

⁷¹ Cfr. in tal senso C-17/03 VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, punto 57 e ss. Cfr. inoltre in tale contesto C-195/12 Industrie du bois, ECLI:EU:C:2013:598.

⁷² C-243/01 Gambelli, ECLI:EU:C:2003:597, punto 67; C-169/07 Hartlauer, ECLI:EU:C:2009:141, punti 55 e giurisprudenza ivi citata.

⁷³ Cause riunite [C-52/16](#) e C-113/16 SEGRO e Horváth, ECLI:EU:C:2018:157, punto 76.

⁷⁴ C-452/01 Ospelt, ECLI:EU:C:2003:493, punto 41.

⁷⁵ C-333/14 Scotch Whisky, ECLI:EU:C:2015:845, punto 53; cause riunite C-52/16 e C-113/16 SEGRO e Horváth, ECLI:EU:C:2018:157, punto 85.

Esempio 4 – Esproprio indiretto come restrizione sproporzionata della libera circolazione dei capitali

Cause riunite C-52/16 e C-113/16 – SEGRO e Horváth

Una società ungherese (di proprietà di persone fisiche residenti in Germania) e un cittadino austriaco hanno acquisito, prima del 30 aprile 2014, i diritti di usufrutto di terreni agricoli in Ungheria. Tali diritti sono stati oggetto di iscrizione nel registro fondiario. Le modifiche alla pertinente legge ungherese del 2013 hanno estinto tutti i diritti di usufrutto sui terreni coltivabili, fatto salvo il caso in cui sia dimostrato che tali terreni sono stati costituiti tra familiari prossimi congiunti. Di conseguenza, i diritti degli stranieri originari dell'UE interessati sono stati eliminati dal registro fondiario.

La Corte di giustizia ha stabilito che le suddette modifiche alla legge del 2013 ponevano delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali poiché privavano gli attori del godimento della proprietà in cui avevano investito del capitale e risultavano discriminatorie negli elementi delle modifiche che di fatto si riferivano agli stranieri. Le misure non erano adatte a conseguire gli obiettivi di politica pubblica (ad esempio, preservare le popolazioni rurali sostenibili), andavano oltre quanto necessario e avrebbero potuto essere sostituite da mezzi meno restrittivi.

In secondo luogo la certezza del diritto è un principio generale del diritto dell'UE che è anche rilevante per gli investitori. Tale principio richiede che le norme nazionali o dell'UE siano chiare, precise e prevedibili relativamente ai loro effetti, in particolare quando potrebbero generare conseguenze sfavorevoli per i privati e le imprese⁷⁶. Tale requisito deve essere osservato ancora più scrupolosamente nei casi in cui le norme potrebbero generare conseguenze negative per i privati e le imprese⁷⁷ o comportare conseguenze finanziarie per le persone interessate⁷⁸. Le autorità pubbliche, quando agiscono all'interno del campo di applicazione del diritto dell'UE, devono esercitare il loro potere discrezionale sulla base di criteri oggettivi, non discriminatori, sufficientemente specifici e chiari, noti in anticipo⁷⁹.

La certezza del diritto inoltre include anche la tutela del legittimo affidamento⁸⁰. Gli investitori dell'UE tuttavia possono contestare la modifica delle norme vigenti o l'adozione di nuove norme che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'UE soltanto in alcune circostanze, sulla base della tutela del loro legittimo affidamento.

⁷⁶ C-318/10 SIAT, ECLI:EU:C:2012:415, punto 58.

⁷⁷ C-17/03 VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, punto 80; C-347/06 ASM Brescia, ECLI:EU:C:2008:416, punto 69; C-362/12 Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation, ECLI:EU:C:2013:834, punto 44.

⁷⁸ C-17/01 Sudholz, ECLI:EU:C:2004:242, punto 34.

⁷⁹ C-169/07 Hartlauer, ECLI:EU:C:2009:141, punto 64; C-54/99 Association Église de Scientologie de Paris, ECLI:EU:C:2000:124, punto 22; C-483/99 Commissione/Francia ("Elf Aquitaine"), ECLI:EU:C:2002:327, punto 50.

⁸⁰ C-17/03 VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, punti 73-74.

Per poter contare sulla tutela del legittimo affidamento, gli operatori economici devono agire in buona fede⁸¹ e in modo prudente e accorto⁸². Ciò significa che un investitore, nel caso in cui fosse stato a conoscenza o fosse dovuto ragionevolmente essere a conoscenza del fatto che la fonte della contestazione, le norme sulle quali si basava la contestazione, il comportamento adottato dall'autorità pubblica nell'attuazione di tali norme o le procedure adottate da tale autorità pubblica erano contrari al diritto dell'UE, non avrebbe potuto avvalersi del principio di legittimo affidamento⁸³.

Gli operatori economici non possono aspettarsi che venga sempre mantenuta l'attuale quadro normativo⁸⁴. D'altro canto l'UE o uno Stato membro, quando adotta una nuova misura in un modo che incide negativamente sugli interessi degli investitori, deve fornire, ove necessario, degli adattamenti alle nuove norme che prendano in considerazione la situazione particolare degli investitori interessati, salvo che una ragione imperativa di interesse pubblico gli impedisca di fornire tali adattamenti⁸⁵.

Esempio 5 – Tutela del legittimo affidamento

C-201/08 – Plantanol GmbH & Co

Il diritto tributario tedesco prevedeva un'esenzione di imposta per un certo tipo di biocarburante miscelato fino alla fine del 2009. L'esenzione di imposta è stata revocata il 18 dicembre 2006, con effetto a decorrere dal 1° gennaio 2007, ossia 2 anni prima della data di scadenza.

La Corte di giustizia ha richiamato il contenuto dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento. Essa tuttavia ha inoltre sottolineato che qualora un operatore economico prudente ed accorto fosse stato in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non avrebbe potuto invocare il detto principio nel caso in cui il provvedimento fosse stato adottato. La Corte di giustizia ha concluso che si tratta di una valutazione dei fatti che deve essere effettuata dal giudice nazionale, ma ha confermato che la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento non impediscono in linea di principio a uno Stato membro la revoca dell'esenzione di imposta precedentemente alla data di scadenza.

In linea di principio gli investitori dell'UE dovrebbero avvalersi soltanto occasionalmente della tutela del legittimo affidamento, in quanto possono sempre fare affidamento

⁸¹ C-316/88 Krücken, ECLI:EU:C:1988:201, punti 23-24, C-5/89 Commissione/Germania, ECLI:EU:C:1990:320, punto 14.

⁸² C-310/04 Spagna/Consiglio, ECLI:EU:C:2006:521, punto 81.

⁸³ C-24/95 Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland, ECLI:EU: 1997:163, punti 25 e 49; C-169/95 Spagna/Commissione, ECLI:EU:C:1997:10, punto 51.

⁸⁴ C-17/03 VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, punto 81; C-201/08 Plantanol, ECLI:EU:C:2009:539, punto 53.

⁸⁵ C-17/03 VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, punto 81; C-201/08 Plantanol, ECLI:EU:C:2009:539, punto 49;

sull'applicazione delle libertà fondamentali sancite dal trattato (compresa la proporzionalità e la non discriminazione) e sul diritto secondario dell'UE. Le norme dell'UE infatti producono effetti giuridici dal momento in cui entrano in vigore⁸⁶. Queste ultime sono immediatamente applicabili e vincolanti in un nuovo Stato membro dalla data di adesione, così che esse siano applicate agli effetti futuri di situazioni verificatesi prima dell'adesione all'UE del nuovo Stato membro⁸⁷

4. Tutte le restrizioni nazionali devono essere conformi ai diritti fondamentali

Gli investitori transnazionali possono avvalersi, nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE, dei diritti fondamentali, come la libertà d'impresa, il diritto di proprietà e il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE⁸⁸. Laddove uno Stato membro (compreso il legislatore nazionale) adotti un provvedimento che introduce una deroga a una delle libertà fondamentali garantite dal diritto dell'UE, tale provvedimento rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE. Pertanto, la tutela garantita dal diritto dell'UE, compresi i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, si applica totalmente⁸⁹.

La libertà d'impresa può essere invocata con successo nei casi di restrizioni significative alla libertà contrattuale dell'investitore⁹⁰. Il diritto di proprietà (ossia il diritto di possedere, utilizzare o disporre di beni acquisiti legalmente) è di essenziale importanza per ogni regime di tutela degli investimenti. Secondo il diritto europeo, il diritto fondamentale di proprietà si estende alla "proprietà" nel senso più ampio del termine⁹¹ e comprende anche il godimento pacifico del diritto. Questo fa sorgere direttamente il diritto a un risarcimento per la perdita della proprietà nell'interesse generale⁹². La tutela garantita a questo proposito è particolarmente importante nel caso di espropriazione o di misure equivalenti.

Tali diritti non sono assoluti e il loro esercizio può essere soggetto a restrizioni, a condizione

⁸⁶ Cause riunite C-10/97 and C-22/97 IN.CO.GE.'90, ECLI:EU:C:1998:498, punto 23.

⁸⁷ C-122/96 Saldanha, ECLI:EU:C:1997:458, punto 14.

⁸⁸ Articoli 16, 17 e 47 della Carta. A norma dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione; la presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

⁸⁹ C-685/15 Online Games Handels, ECLI:EU:C:2017:452, punto 56.

⁹⁰ C-426/11 Alemo-Herron a.O. ECLI:EU:C:2013:521, punto 35.

⁹¹ La Corte europea dei diritti dell'uomo ha in più occasioni stabilito che i diritti simili alla proprietà sono contemplati dall'articolo 1 del protocollo 1 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, sulla base del fatto che la nozione di "possesso" ha un significato autonomo che non si limita alla proprietà dei beni fisici; alcuni altri diritti e interessi che costituiscono beni possono quindi essere visti come "diritti di proprietà", e pertanto come "possessi" ai fini di questa disposizione (cfr. per esempio le sentenze Handyside/Regno Unito, del 7 dicembre 1976; James/Regno Unito, del 21 febbraio 1986, su un bene in locazione; Wittek/Germania, del 12 dicembre 2002, sull'usufrutto trasferibile di un terreno; Bruncrona/Finlandia, del 16 febbraio 2005, su una locazione).

⁹² Cause riunite C-78/16 e C-79/16 Pesce a.O., ECLI:EU:C:2016:428, punto 86.

che tali restrizioni siano proporzionate e giustificate dagli obiettivi di interesse generale riconosciuti dal diritto dell'UE. L'importanza degli obiettivi perseguiti dalle misure restrittive potrebbe giustificare le conseguenze negative, anche di natura sostanziale, per alcuni operatori. Tali restrizioni tuttavia potrebbero non costituire, per ciò che riguarda l'obiettivo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la vera sostanza di tali diritti⁹³.

5. Gli investitori possono invocare le norme UE in materia di concorrenza contro i provvedimenti nazionali

Nel mercato unico dell'UE devono essere assicurate concorrenza non falsata e parità di condizioni tra le imprese. Agli Stati membri pertanto non è permesso di concedere aiuti di stato salvo che essi siano compatibili con il mercato interno⁹⁴. Gli Stati membri non possono inoltre richiedere o favorire l'adozione di accordi, decisioni o pratiche concordate contrarie agli articoli 101 o 102 del TFUE o rafforzarne l'effetto, o privare le proprie norme del carattere legislativo delegando la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica a operatori economici privati⁹⁵. Gli articoli 102 e 106, paragrafo 1, del TFUE vengono violati anche quando una misura imputabile a uno Stato membro, e in particolare una misura mediante la quale uno Stato membro conferisce diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 1, crea un rischio di abuso di posizione dominante⁹⁶.

IV. Applicazione dei diritti degli investitori in conformità al diritto dell'UE

Mentre il diritto internazionale in materia di investimenti (ad esempio i trattati bilaterali di investimento) si concentra principalmente sull'indennizzo degli investitori successivamente all'avvenuta violazione, il diritto dell'Unione consente la tutela degli investitori transfrontalieri nell'UE in molteplici modi e a diversi livelli. Gli investitori transfrontalieri sono tutelati nell'UE mediante una serie di meccanismi che mirano alla prevenzione e alla risoluzione della violazione dei loro diritti da parte del legislatore, dell'amministrazione o della magistratura. L'applicazione per via giudiziaria dei diritti derivanti dal diritto dell'UE è una delle possibili soluzioni. Laddove l'applicazione per via giudiziaria sia considerata la via più appropriata o laddove le altre possibilità siano state esaurite, una persona può fare affidamento su un vero e proprio sistema completo di rimedi giurisdizionali in conformità al diritto dell'UE.

⁹³ C-44/79 Hauer, ECLI:EU:C:1979:290, punti 15 e ss.; C-5/88, Wachauf, ECLI:EU:C:1989:321, punto 18.

⁹⁴ Si vedano in particolare gli articoli da 107 a 109 del TFUE.

⁹⁵ C-198/01 CIF, ECLI:EU:C:2003:430, punto 46.

⁹⁶ C-49/07 MOTOE, ECLI:EU:C:2008:376, punto 50; C-553/12 P, C-553/12 P Commissione/Grecia ("DEI"), punti 41-43.

1. Meccanismi per prevenire le violazioni e soluzioni extragiudiziali

Controllo preliminare delle misure nazionali che potrebbero ledere i diritti delle persone in conformità al diritto dell'UE

La prevenzione delle violazioni dei diritti delle persone in conformità al diritto dell'UE è particolarmente importante per gli investitori, che hanno una particolare necessità di pianificare e mettere in pratica le loro decisioni economiche in un contesto normativo prevedibile e stabile.

Nell'ottica di assicurare la parità di condizioni tra le imprese nel mercato unico, l'articolo 108 del TFUE ha stabilito un sistema di notifica preliminare con lo scopo di permettere alla Commissione europea di assicurare la compatibilità delle misure relative agli aiuti di Stato (inclusa la legislazione nazionale) con il mercato unico prima della loro entrata in vigore.

Relativamente alle norme dell'UE sulla libera circolazione, il legislatore ha istituito l'obbligo per gli Stati membri di notificare talune misure di natura amministrativa o legislativa prima della loro adozione e di sottoporle al controllo della Commissione europea, nonché eventualmente al controllo degli altri Stati membri. Mentre in alcuni casi la Commissione ha il solo potere di inviare raccomandazioni agli Stati membri interessati⁹⁷, in altri casi, a norma dell'articolo 288 del TFUE, alla Commissione viene riconosciuto dal legislatore il potere di emettere decisioni, vincolanti per gli Stati membri interessati⁹⁸. Tale potere decisionale della Commissione è diverso e separato dal potere della Corte di giustizia di decidere in merito alle violazioni commesse da parte degli Stati membri⁹⁹. La direttiva sui servizi¹⁰⁰ conferisce ad esempio alla Commissione il potere decisionale in merito alla giustificazione e alla proporzionalità di talune nuove barriere nazionali individuate dal legislatore UE come

⁹⁷ Direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (GU L 241 del 17.9.2015, pag. 1). Gli Stati membri devono dare notifica alla Commissione di talune regole tecniche prima della loro adozione, al fine di tutelare mediante un controllo preventivo la libera circolazione dei beni e dei servizi, che costituisce uno dei fondamenti dell'Unione e, per far sì che tale controllo sia efficace, tutti i progetti di regole tecniche compresi in nella suddetta direttiva devono essere notificati e, salvo per quelle la cui urgenza giustifica un'eccezione, la loro adozione o entrata in vigore deve essere sospesa durante i periodi stabiliti dalla direttiva (si veda, per quanto riguarda la libera circolazione dei beni, C-443/98 Unilever, ECLI:EU:C:2000:496, punti 40 e ss.). Cfr. anche per esempio il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas e che abroga la direttiva 2004/67/CE.

⁹⁸ Cfr. per esempio l'articolo 9 della direttiva 96/67/CE del Consiglio, del 15 ottobre 1996, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità (GU L 272 del 25.10.1996, pag. 36). Sulla base di tale regolamento la Commissione ha adottato una decisione in almeno 10 casi concreti e ha occasionalmente emesso una decisione negativa relativa alle misure restrittive proposte. Si veda anche l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi) (GU L 95 del 15.4.2010, pag. 1).

⁹⁹ Cause riunite C-15/76 e C-16/76 Francia/Commissione, ECLI:EU:C:1979:29, punti 26-28; C-325/94 P An Taise, ECLI:EU:C:1996:293, punto 25.

¹⁰⁰ Si veda l'articolo 15, paragrafo 7, della direttiva sui servizi.

particolarmente dannose per la realizzazione di un mercato unico per determinati servizi. Al fine di rendere la procedura di notifica efficace nella pratica, la Commissione ha di recente proposto una “direttiva in materia di notifica”¹⁰¹.

Esempio 6 – Provvedimento che impone il trasferimento di alcuni voli dall’aeroporto di Linate all’aeroporto di Malpensa

Case C-361/98 – Italia/Commissione (“Malpensa”)

Il regolamento 2408/92 mira a rendere la libera prestazione di servizi applicabile al settore dei trasporti aerei. L’Italia ha adottato due decreti, rispettivamente a luglio 1996 e ottobre 1997, mediante i quali tutto il traffico aereo sarebbe stato trasferito dall’aeroporto di Linate, vicino al centro di Milano, ad altri aeroporti più distanti, con la sola eccezione, nella pratica, della tratta Milano-Roma.

A seguito delle lamentele dei vettori aerei internazionali il 16 settembre 1998 la Commissione ha adottato una decisione che proibisce le misure italiane in questione. La decisione è stata adottata a norma dell’articolo 8 del regolamento 2408/92, il quale conferisce alla Commissione il potere di prendere decisioni sulle misure nazionali che riguardano la ripartizione del traffico a sfavore di prestatori di servizi nel settore del trasporto aereo. Nella sua decisione la Commissione ha ritenuto che la misura italiana in questione fosse indirettamente discriminatoria e sproporzionata. L’Italia ha presentato ricorso dinanzi alla Corte di giustizia presentando una serie di motivazioni sia sul potere della Commissione, sia sulla valutazione effettuata.

Nella sua sentenza la Corte di giustizia ha respinto il ricorso. La Corte ha stabilito che la Commissione aveva il pieno diritto di esaminare in primo luogo se le misure nazionali rese efficaci dai decreti in questione ponessero delle restrizioni palesemente applicabili senza distinzione, e in secondo luogo se tali restrizioni fossero tali da poter raggiungere l’obiettivo previsto, senza andar oltre quanto necessario per raggiungerlo. La Corte ha esaminato la valutazione relativa alla giustificazione e alla proporzionalità effettuata dalla Commissione nella propria decisione, giudicando che nessuna delle numerose motivazioni fornite dall’Italia fosse fondata.

Applicazione delle norme in conformità al diritto dell’UE da parte dell’amministrazione

Le amministrazioni nazionali sono di solito il primo e più comune interlocutore che gli investitori incontrano in uno Stato membro quando iniziano un investimento nel corso della gestione della propria attività. Le autorità amministrative nazionali sono tenute ad applicare in modo efficace il diritto dell’UE, interpretare il diritto nazionale in conformità con il diritto

¹⁰¹ Proposta di direttiva concernente l’applicazione della direttiva relativa ai servizi nel mercato interno, che istituisce una procedura di notifica dei regimi di autorizzazione e dei requisiti relativi ai servizi (COM(2016) 821 final).

dell'UE, rimuovere le norme nazionali contrarie al diritto dell'UE e annullare le conseguenze delle violazioni del diritto dell'UE (ad esempio mediante il rimborso degli oneri non dovuti). Tali principi, che fanno seguito al dovere di leale cooperazione degli Stati membri di cui all'articolo 4, paragrafo 3, del TUE e al primato del diritto dell'UE¹⁰², permettono la corretta ed efficace applicazione dei diritti derivanti dal diritto dell'UE senza la necessità di adire le vie legali. Tali principi devono essere seguiti anche laddove le norme procedurali nazionali non li prevedono espressamente¹⁰³.

Esempio 7 – Disapplicazione delle norme nazionali da parte degli organi amministrativi

Causa C-476/10 – Pepic

A due cittadini del Liechtenstein è stata negata l'autorizzazione richiesta dal diritto austriaco per l'acquisto di una residenza secondaria da parte di cittadini stranieri.

La Corte ha interpretato il caso alla luce delle disposizioni sulla libera circolazione dei capitali dell'articolo 40 dell'accordo SEE, che ha ritenuto avesse lo stesso campo di applicazione dell'articolo 63 del TFUE. La Corte ha ritenuto innanzitutto che l'obbligo di autorizzazione rappresentasse una discriminazione sulla base della nazionalità. Successivamente la Corte ha affermato che tutti gli organi amministrativi nazionali devono rispettare il primato del diritto dell'Unione e pertanto devono disapplicare una siffatta legislazione nazionale discriminatoria.

Qualsiasi persona ha il diritto di essere ascoltata laddove le autorità degli Stati membri adottino misure individuali che rientrino nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE e possano avere effetti su tale persona¹⁰⁴. L'amministrazione deve applicare le norme in modo imparziale, prendendo in considerazione tutte le informazioni rilevanti e senza alcuna discriminazione¹⁰⁵, e deve fornire una motivazione adeguata per le proprie decisioni¹⁰⁶. Laddove uno Stato membro abbia riscosso tributi in violazione delle disposizioni del diritto dell'UE, quest'ultimo è tenuto a rimborsare gli importi dovuti, con gli interessi¹⁰⁷.

Riconoscendo la necessità di soluzioni extragiudiziali rapide per i problemi di applicazione del diritto dell'UE a livello transfrontaliero, nel 2002 la Commissione e gli Stati membri

¹⁰² Cfr., tra l'altro, C-103/88 Costanzo, ECLI:EU:C:1989:256, punto 32; C-224/97 Ciola, ECLI:EU:C:1999:212, punto 30; C-341/08 Petersen, ECLI:EU:C:2010:4, punto 80.

¹⁰³ Cfr. in tal senso C-349/07 Sopropé, ECLI:EU:C:2008:746, punto 38.

¹⁰⁴ C-349/07 Sopropé, ECLI:EU:C:2008:746, punto 36.

¹⁰⁵ C-55/94 Gebhard, ECLI:EU:C:1995:411, punto 37; C-269/90 Technische Universität München, EU:C:1991:438, punto 14.

¹⁰⁶ C-19/92 Dieter Kraus, ECLI:EU:C:1993:125, punto 40; C-34/17 Donnellan, ECLI:EU:C:2018:282, punto 55.

¹⁰⁷ Cause riunite da C-10/97 a C-22/97 IN.CO.GE.'90, ECLI:EU:C:1998:498, punto 24; C-591/10 Littlewoods Retail a.O., ECLI:EU:C:2012:478, punti 25-26; C-69/14 Dragoş, ECLI:EU:C:2015:662, punti 24 e giurisprudenza ivi citata.

hanno creato la rete SOLVIT. SOLVIT ha lo scopo di fornire soluzioni concrete per i cittadini e le imprese UE/SEE quando si trovano di fronte a difficoltà relativamente al rispetto dei loro diritti UE da parte delle autorità pubbliche. Nella comunicazione *Piano d'azione sul potenziamento di SOLVIT - Portare i benefici del mercato unico ai cittadini e alle imprese*¹⁰⁸, la Commissione si è impegnata ad adottare, insieme agli altri Stati membri, ulteriori misure di rafforzamento del ruolo strategico di SOLVIT perché il mercato unico funzioni meglio nella pratica per i cittadini e le imprese.

2. Tutela giurisdizionale effettiva per i diritti degli investitori in conformità al diritto dell'UE

Un sistema completo di rimedi giurisdizionali a livello unionale e dei singoli Stati membri

A norma dell'articolo 19, paragrafo 1, del TUE, gli Stati membri hanno l'obbligo di fornire rimedi sufficienti ad assicurare la tutela giurisdizionale effettiva nei campi che rientrano nel diritto dell'Unione¹⁰⁹. A norma dell'articolo 47 della Carta, direttamente applicabile, tutti hanno diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale¹¹⁰. I sistemi giudiziari nazionali nell'Unione sono soggetti ai principi di indipendenza, qualità ed efficienza, come risulta ampiamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU)¹¹¹.

Una moltitudine di rimedi giurisdizionali disponibili per i singoli dinanzi ai tribunali nazionali

I singoli hanno a disposizione una serie di rimedi giurisdizionali dinanzi ai tribunali nazionali, che nello specifico consistono in:

- misure provvisorie (provvedimento provvisorio)¹¹²,
- obbligo di interpretare il diritto nazionale coerentemente con il diritto dell'UE¹¹³,
- obbligo per il giudice di disapplicare d'ufficio qualsiasi atto (anche di natura costituzionale) che non sia conforme al diritto dell'UE¹¹⁴,

¹⁰⁸ http://ec.europa.eu/solvit/_docs/2017/com-2017-255_en.pdf

¹⁰⁹ C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses, ECLI:EU:C:2018:117, punto 29.

¹¹⁰ C-414/16 Vera Egenberger, ECLI:EU:C:2018:257, punto 78.

¹¹¹ Si vedano gli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è rilevante per l'interpretazione dei diritti fondamentali, poiché l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta afferma che, quando i diritti previsti dalla Carta corrispondono a quelli garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il loro significato e la loro portata dovrebbero essere uguali, salvo che il diritto dell'UE garantisca una maggiore protezione.

¹¹² C-213/89 Factortame, ECLI:EU:C:1990:257; cause riunite C-143/88 e C-92/89 Zuckerfabrik, Süderdithmarschen ECLI:EU:C:1991:65.

¹¹³ C-106/89 Marleasing ECLI:EU:C:1990:395; C-91/92 Faccini Dori, ECLI:EU:C:1994:292.

¹¹⁴ Cause riunite C-188/10 e 189/10 Melki e Abdeli, ECLI:EU:C:2010:363, punti 43-44. Tale obbligo si estende alla giurisprudenza non conforme: cfr. C-689/13 Puligienica, ECLI:EU:C:2016:199, punto 38.

- eliminazione delle conseguenze di una violazione del diritto dell'UE¹¹⁵,
- risarcimento dei danni a seguito di violazioni del diritto dell'UE (inclusi gli errori giudiziari)¹¹⁶.

Questi rimedi trovano una base giuridica diretta nel diritto dell'UE. Pertanto, laddove le condizioni vengano soddisfatte, i tribunali nazionali devono fornire tali rimedi indipendentemente dal fatto che siano o meno previsti dal diritto nazionale. Al contempo le sentenze nazionali possono essere attuate mediante tutti gli strumenti forniti dal diritto nazionale.

Esempio 8 – Rimedi giurisdizionali basati sul diritto dell'UE a dispetto del diritto costituzionale nazionale

Causa C-213/89 – Factortame e cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur e Factortame

A una serie di società, proprietari od esercenti di navi da pesca, sono stati negati i diritti di pesca successivamente all'adozione di nuove norme discriminatorie da parte delle autorità del Regno Unito. Le società hanno presentato un ricorso giurisdizionale e hanno richiesto un provvedimento provvisorio. La House of Lords ha riconosciuto che i richiedenti avrebbero subito un danno irreparabile in caso di rigetto della domanda di provvedimento provvisorio e di esito positivo del loro ricorso principale. Tuttavia, ha ritenuto che in forza del diritto nazionale i giudici britannici non avessero il potere di pronunciare provvedimenti provvisori in tale fattispecie. In particolare, a ciò osterebbe l'antica norma di common law secondo la quale nessun provvedimento provvisorio può essere emesso contro la Corona, vale a dire contro il governo, in combinato disposto con la presunzione secondo cui le leggi nazionali sono conformi al diritto unionale finché non si sia statuito sulla loro compatibilità con questo diritto. La House of Lords ha sottoposto la questione alla Corte. Quest'ultima ha risposto che se il giudice nazionale, chiamato a dirimere una controversia vertente sul diritto unionale, ritiene che una norma del diritto nazionale sia l'unico ostacolo che osta all'adozione di provvedimenti provvisori, deve disapplicare tale norma.

In un'altra domanda presso un altro tribunale del Regno Unito riguardante gli stessi investitori, la Corte ha stabilito che il principio secondo il quale gli Stati membri hanno l'obbligo di ovviare ai danni causati ai singoli mediante la violazione del diritto dell'Unione attribuibile allo Stato è applicabile se il legislatore nazionale è responsabile della violazione in questione. Inoltre, il giudice nazionale non può subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, che si aggiunga alla violazione manifesta e grave del diritto unionale.

Gli Stati membri hanno l'obbligo, in conformità al diritto dell'UE, di attuare procedure

¹¹⁵ C- 503/04 Commissione/Germania, ECLI:EU:C:2007/432, punti 33 e ss.; C-276/07 Delay, ECLI:EU:C:2008:282, punto 23. Cfr. anche infra per quanto concerne il rimborso dei tributi riscossi illecitamente.

¹¹⁶ Cfr., tra l'altro, cause riunite C-6/90 e C-9/90 Francovich, ECLI:EU:C:1991:428; C-224/01 Köbler, ECLI:EU:C:2003:513.

efficaci che consentano ai cittadini e alle imprese, inclusi gli investitori, di chiedere il risarcimento dei danni per violazioni da parte degli Stati membri dei loro diritti previsti dal diritto dell'UE. La Commissione riconosce che gli investitori transfrontalieri possono trovarsi di fronte a difficoltà nell'attribuire la responsabilità a uno Stato, a causa della diversità delle norme nazionali di diritto procedurale. Tuttavia la giurisprudenza della Corte non stabilisce il principio di tale responsabilità, ma definisce una serie di requisiti minimi per la responsabilità extracontrattuale dello Stato per la violazione del diritto dell'UE¹¹⁷.

1 I requisiti e il sostegno dell'UE relativamente all'indipendenza, alla qualità e all'effettività della giurisdizione nazionale

L'indipendenza della giurisdizione nazionale è principio comune delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e del diritto dell'UE¹¹⁸, ed è ritenuta di primaria importanza per assicurare la tutela giurisdizionale effettiva¹¹⁹. Le garanzie di indipendenza e imparzialità richiedono norme riguardanti la composizione dell'organo giudiziario e la nomina, la durata delle funzioni, le cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suoi membri. Questo serve a fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di tale organo rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti¹²⁰.

Come annunciato nella comunicazione *Diritto dell'Unione europea: risultati migliori attraverso una migliore applicazione*¹²¹, la Commissione incoraggia e aiuta gli Stati membri a migliorare la loro capacità di attuare la legislazione dell'UE e di garantire strumenti di ricorso per assicurare che gli utenti finali della legislazione dell'UE, privati o imprese, possano pienamente godere dei propri diritti.

La Commissione incoraggia la modernizzazione delle autorità giudiziarie mediante il Semestre europeo, e quando necessario mediante norme specifiche. La Commissione ha lavorato insieme agli Stati membri al fine di migliorare ulteriormente l'efficacia dei sistemi giudiziari, inclusa la loro indipendenza, qualità ed effettività. Il miglioramento dell'efficacia dei sistemi giudiziari rappresenta una priorità per il Semestre europeo e il Consiglio adotta regolarmente raccomandazioni specifiche per paese sul miglioramento dei sistemi giudiziari nazionali sulla base delle proposte della Commissione.

¹¹⁷ In linea di principio i presupposti per la responsabilità degli Stati membri a fronte del danno causato ai singoli mediante la violazione del diritto dell'UE non differiscono dai presupposti per la responsabilità dell'UE e delle proprie istituzioni a fronte di tali danni, in conformità all'articolo 340, paragrafo 2, del TFUE; Cause riunite C-46/93 e C-48/93 Brasserie du Pêcheur e Factortame, ECLI:EU:C:1996:79 punti 40-42.

¹¹⁸ Articolo 47, paragrafo 2, della Carta e articolo 19 del trattato sull'Unione europea.

¹¹⁹ C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses, ECLI:EU:C:2018:117, punto 41.

¹²⁰ C-506/04 Wilson, ECLI:EU:C:2006:587, punti 50-53.

¹²¹ Comunicazione - *Diritto dell'Unione europea: risultati migliori attraverso una migliore applicazione* (2017/C18/02) disponibile all'indirizzo:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52017XC0119\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52017XC0119(01))

L'UE sostiene a livello finanziario alcune riforme del sistema giudiziario mediante i fondi strutturali e di investimento europei. Tra il 2007 e il 2023, 16 Stati membri avranno speso più di 900 milioni di EUR per aumentare la qualità e l'efficienza dei loro sistemi giudiziari¹²². I fondi UE hanno ad esempio facilitato l'introduzione di nuovi sistemi di gestione delle cause e di servizi elettronici di facile utilizzo nei tribunali.

Le procedure nazionali devono assicurare l'effettiva applicazione dei diritti del singolo derivanti dal diritto dell'UE

Ad eccezione del regolamento n. 1215/2012¹²³, che cerca di facilitare l'accesso alla giustizia, in particolare fornendo norme sulla competenza dei tribunali dell'UE nei casi di natura transfrontaliera e sul riconoscimento e l'esecuzione rapidi e semplici delle sentenze in materia civile e commerciale¹²⁴, il diritto dell'UE lascia che siano le leggi nazionali a stabilire le norme procedurali¹²⁵. Vi sono tuttavia delle eccezioni, ad esempio le direttive sulle procedure di ricorso, che armonizzano gli aspetti procedurali relativi all'esecuzione e i ricorsi nell'ambito degli appalti pubblici¹²⁶.

Il diritto dell'UE, anche laddove non armonizzi le procedure, stabilisce in ogni caso i requisiti minimi in relazione a queste. Ad esempio le procedure per l'applicazione dei diritti dell'UE non dovrebbero essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe soggette al diritto nazionale (*principio di equivalenza*) e non dovrebbero rendere impossibile o eccessivamente difficile nella pratica l'esercizio di tali diritti (*principio di effettività*)¹²⁷. La procedura non dovrebbe essere eccessivamente onerosa e l'assistenza legale, nella misura in cui è necessaria ad assicurare l'effettivo accesso alla giustizia, dovrebbe essere resa disponibile a coloro che non hanno risorse sufficienti, comprese le persone giuridiche, in presenza di una debita motivazione¹²⁸. Le persone godono inoltre del diritto di vedere esaminata la propria causa ed eseguita la relativa sentenza in tempi ragionevoli¹²⁹.

¹²² Quadro di valutazione UE della giustizia 2018, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf, grafici 2 e 3.

¹²³ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, GU L 351 del 20.12.2012, pag. 1-32.

¹²⁴ Il regolamento n. 1215/2012 si applica soltanto alle controversie "in materia civile e commerciale" e non si applica pertanto alle controversie che coinvolgono una parte che eserciti pubblici poteri (ad esempio un'autorità dello Stato). Nell'ambito della materia civile e commerciale, vi sono diversi regolamenti che istituiscono le procedure specifiche europee che possono essere utilizzate dagli investitori, come il regolamento sull'ingiunzione di pagamento europea (1896/2006) o il regolamento relativo all'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari (655/2014).

¹²⁵ C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, ECLI:EU:C:2013:834, punto 31.

¹²⁶ Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (GU L 335 del 20.12.2007, pag. 31).

¹²⁷ C-169/14 *Sánchez Morcillo*, ECLI:EU:C:2014:2099, punto 31.

¹²⁸ C-279/09 *DEB*, ECLI:EU:C:2010:811, punto 59.

¹²⁹ C-612/15 *Kolev*, ECLI:EU:C:2018:392, punti 70-72.

Esempio 9 – Disapplicazione delle norme nazionali sui termini di decadenza a seguito di una condotta fuorviante delle autorità nazionali

Causa C-327/00 – Santex

A una società italiana è stato impedito di partecipare a una procedura di gara a causa dell'inosservanza di una delle clausole incluse nel bando di gara. Dopo la pubblicazione del bando, l'autorità aggiudicatrice ha comunicato alla società che, dati gli argomenti contro la conformità della suddetta clausola al diritto dell'UE, questa sarebbe stata interpretata in modo da permettergli di partecipare; successivamente tuttavia l'autorità ha assunto una posizione opposta e ha deciso di escludere la società dalla gara. Al momento in cui è stata incardinata la causa, i termini nazionali per impugnare la clausola erano scaduti.

La Corte ha ritenuto che in generale il termine stabilito dalla legislazione nazionale era ragionevole e pertanto assicurava in linea di principio la certezza del diritto per i partecipanti alla gara. La Corte ha tuttavia rilevato che devono essere considerate le circostanze di ogni caso per determinare se l'effettività delle disposizioni del diritto dell'UE non sia stata minacciata. In questo caso la Corte ha stabilito che la condotta dell'autorità aggiudicatrice ha generato uno stato di incertezza e che tale incertezza è stata eliminata soltanto al momento della decisione di esclusione. L'autorità ha pertanto reso eccessivamente difficile per l'offerente leso l'esercizio dei diritti conferitigli dal diritto dell'UE. La Corte ha pertanto concluso che nelle specifiche circostanze del caso di specie il tribunale nazionale, al fine di permettere all'attore di invocare l'incompatibilità della clausola del bando al diritto applicabile dell'UE, avrebbe dovuto interpretare le norme nazionali sui termini di decadenza in conformità al principio di effettività dell'UE o, se tale interpretazione non fosse stata possibile, disapplicarle.

Rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea

I tribunali nazionali agiscono in quanto “tribunali UE” e sono soggetti all'obbligo di disapplicare d'ufficio le disposizioni nazionali contrarie alle disposizioni direttamente efficaci del diritto dell'UE. Laddove l'applicazione dei diritti UE si basi su una questione di interpretazione del diritto dell'UE dinanzi a un tribunale nazionale, tale tribunale può richiedere una pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia. Laddove tale questione venga sollevata dinanzi a una giurisdizione contro le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione deve sottoporre la questione alla Corte di giustizia¹³⁰. Le questioni preliminari possono anche riguardare la validità delle norme UE: laddove tali questioni siano rilevanti, una giurisdizione nazionale deve sottoporle alla Corte di

¹³⁰ Articolo 267 del TFUE.

giustizia, la quale ha l'esclusiva competenza di esaminare la validità degli atti dell'UE¹³¹. Al fine di qualificarsi come "giurisdizione di uno degli Stati membri" in conformità all'articolo 267 del TFUE e pertanto di poter effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, un organo deve soddisfare una serie di criteri¹³². Gli arbitri privati e i collegi arbitrali istituiti dai TBI intra-UE non soddisfano tali criteri e pertanto non possono essere considerati "giurisdizioni" in conformità all'articolo 267 del TFUE¹³³.

L'interpretazione fornita in una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia è vincolante per il tribunale nazionale ai fini della soluzione della controversia principale¹³⁴. Tutte le autorità nazionali hanno l'obbligo di adottare qualsiasi misura, di carattere generale o particolare, al fine di soddisfare quanto previsto dalla pronuncia pregiudiziale nel minor tempo possibile¹³⁵. Non è necessario che il giudice nazionale richieda o attenda la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale delle disposizioni contrarie al diritto dell'UE¹³⁶.

A norma dell'articolo 19 del TUE, la Corte di giustizia ha l'autorità di garantire l'osservanza del diritto dell'UE e pertanto svolge un ruolo fondamentale nell'assicurare l'efficacia e l'uniformità delle norme unionali che conferiscono diritti agli investitori transfrontalieri.

3. Il ruolo della Commissione come custode del trattato

L'articolo 17, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea affida alla Commissione la responsabilità dell'effettiva applicazione, attuazione ed esecuzione del diritto dell'UE. In tale ruolo la Commissione può esaminare i provvedimenti nazionali e agire al fine di assicurare il rispetto delle misure unionali di salvaguardia volte a tutelare gli investitori. Il primo proposito del procedimento per infrazione è quello di assicurare che le azioni od omissioni degli Stati membri siano in linea con il diritto dell'UE (ad esempio mediante la modifica del diritto nazionale), come obiettivo di interesse generale. Le azioni avviate dagli investitori privati per l'annullamento dei provvedimenti nazionali o il risarcimento di un danno causato da tali provvedimenti sono di competenza dei tribunali nazionali.

Gli Stati membri hanno l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per rispettare la sentenza della Corte di giustizia che constata la violazione. In caso di inadempienza, la Commissione ha il potere di richiedere alla Corte di giustizia l'imposizione di sanzioni

¹³¹ C-314/85 Foto-Frost, ECLI:EU:C:1987:452.

¹³² A tal proposito, la Corte prende in considerazione un insieme di elementi quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (C-54/96 Dorsch Consult, ECLI:EU:C:1997:413, punto 23).

¹³³ Cfr. rispettivamente C-102/81 Nordsee, ECLI:EU:C:1982:107, punti 10-13, e C-284/16 Achmea, ECLI:EU:C:2018:158, punti 43 e ss.

¹³⁴ C-689/13 Puligienica, ECLI:EU:C:2016:199, punto 38.

¹³⁵ Cause riunite da C-231/06 a C-233/06 Jonkman, ECLI:EU:C:2007:373, punto 38.

¹³⁶ C-689/13 Puligienica, ECLI:EU:C:2016:199, punto 40.

pecuniarie nei confronti dello Stato membro responsabile dell'infrazione¹³⁷.

La Commissione si impegna ad agire con fermezza in merito alle violazioni che ostacolano l'attuazione degli importanti obiettivi strategici dell'UE o che rischiano di compromettere le quattro libertà fondamentali¹³⁸, essenziali per gli investitori. La Commissione attribuisce la massima priorità alle violazioni che evidenziano debolezze sistemiche e in particolare a quelle che ostacolano la capacità dei sistemi giudiziari nazionali di contribuire all'effettiva esecuzione del diritto dell'UE. Va osservato che taluni procedimenti di infrazione vengono risolti prima del rinvio alla Corte di giustizia, in quanto lo Stato membro interessato procede alla modifica o all'abrogazione delle leggi in questione o adotta misure positive per porre rimedio alla violazione.

V. Conclusioni

L'attivazione, la promozione e la tutela degli investimenti sono tra le principali priorità dell'UE per il mercato unico. Il diritto dell'UE, come interpretato dalla Corte di giustizia, opera un bilanciamento tra la tutela degli investimenti e i legittimi obiettivi di interesse pubblico al servizio del benessere dei cittadini europei. Tale bilanciamento dei diversi interessi pubblici deve essere messo in atto anche nel momento in cui gli Stati membri agiscono a livello nazionale nel campo di applicazione del diritto dell'UE.

Il diritto dell'UE non risolve tutte le problematiche che gli investitori potrebbero affrontare nelle proprie attività. Nel mercato unico tuttavia i diritti degli investitori dell'UE sono protetti dalle leggi unionali, che consentono l'esercizio e lo sviluppo delle attività economiche in tutti gli Stati membri. Gli investitori possono far valere i propri diritti dinanzi alle amministrazioni e ai tribunali locali secondo le norme procedurali nazionali, le quali mirano a garantire che tali diritti siano effettivamente protetti.

Gli investitori dell'UE non possono invocare i TBI intra-UE, che sono incompatibili con il diritto unionale e non più necessari nel mercato unico. Essi non possono fare ricorso ai collegi arbitrali istituiti da tali TBI intra-UE o, per le controversie intra-UE, ai collegi arbitrali istituiti dal trattato sulla Carta dell'energia. L'ordinamento giuridico dell'Unione tuttavia offre una tutela adeguata ed efficace per gli investitori transfrontalieri nel mercato unico, assicurando al contempo che gli altri legittimi interessi siano debitamente e legittimamente presi in considerazione. Quando gli investitori esercitano una delle libertà fondamentali come la libertà di stabilimento o la libera circolazione dei capitali, essi agiscono nell'ambito di

¹³⁷ Articolo 260, paragrafo 2, del TFUE.

¹³⁸ Comunicazione *Diritto dell'Unione europea: risultati migliori attraverso una migliore applicazione* (2017/C18/02) disponibile all'indirizzo:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52017XC0119\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52017XC0119(01))

applicazione del diritto dell'Unione e pertanto godono della protezione riconosciuta da tale diritto.

Gli Stati membri hanno la responsabilità e il potere di applicare in generale le leggi UE e nello specifico i diritti degli investitori UE. La Commissione si adopera per incrementare l'efficacia del sistema di applicazione nell'UE, comprese le azioni volte a sostenere la costruzione di capacità amministrative o a rafforzare i sistemi giudiziari, nonché a contrastare la violazione del diritto dell'UE da parte delle autorità nazionali.