Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 21 novembre 2018 [1]

Causa C-563/17

Associação Peço a Palavra,
João Carlos Constantino Pereira Osório,
Maria Clara Marques Pires Sarmento Franco,
Sofia da Silva Santos Arauz,
Maria João Galhardas Fitas
contro
Conselho de Ministros,
con l'intervento di:
PARPÚBLICA – Participações Públicas, SGPS, SA,
TAP, SGPS, SA

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Supremo Tribunal Administrativo (Portogallo)]

«Rinvio pregiudiziale – Libertà di stabilimento – Società di trasporto aereo – Procedura di riprivatizzazione – Condizioni – Obbligo di mantenimento della sede e della direzione effettiva – Oneri di servizio pubblico – Obbligo di mantenimento dell'hub nazionale»

1. Il Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema, Portogallo) solleva dubbi dinanzi alla Corte circa la compatibilità con il diritto dell'Unione di taluni requisiti previsti dal disciplinare della procedura di privatizzazione della compagnia «TAP Transportes Aéreos Portugueses, S.A.», svoltasi nel 2015.

2. Nello specifico, tali requisiti riguardano l'obbligo di mantenere in Portogallo la sede e la direzione effettiva della società, la capacità di assumere l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, nonché l'impegno a mantenere e sviluppare l'hub nazionale.

3. Per fugare i dubbi del giudice a quo occorrerà precisare, anzitutto, se nel caso di specie sia applicabile la direttiva 2006/123/CE [2], oppure il regolamento (CE) n. 1008/2008 [3]. Si dovrà poi esaminare se la libertà su cui eventualmente s'incide sia quella di stabilimento, quella dei servizi o quella dei capitali e, in ogni caso, se i requisiti previsti dal disciplinare rispettino tali libertà.

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU 2006, L 376, pag. 36).

3 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (GU 2008, L 293, pag. 3).

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2006/123

4. Secondo il considerando 21, «[i] servizi di trasporto, compresi i trasporti urbani, i taxi e le ambulanze nonché i servizi portuali, sono esclusi dal campo di applicazione della presente direttiva».

5. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, «[la direttiva] non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi».

6. A norma dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), di detta direttiva, quest'ultima non si applica ai «servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali, che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo V del trattato CE».

7. Il capo IV, «Libera circolazione dei servizi», contiene alla sezione 1 («Libera prestazione di servizi e deroghe relative») disposizioni che, da un lato, garantiscono il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti (articolo 16) e, dall'altro, elencano determinate eccezioni a tale diritto (articolo 17).

2. Regolamento n. 1008/2008

8. I considerando da 10 a 12 così recitano:

«(10) Per completare il mercato interno dell'aviazione è opportuno rimuovere le restrizioni ancora esistenti applicate tra gli Stati membri, quali le restrizioni relative al code sharing sulle rotte verso i paesi terzi o alla fissazione dei prezzi sulle rotte verso i paesi terzi con uno scalo intermedio in un altro Stato membro (…).

(11) Per tener conto delle caratteristiche e dei vincoli specifici delle regioni ultraperiferiche, in particolare la loro lontananza, insularità e piccole dimensioni, nonché della necessità di collegarle adeguatamente con le regioni centrali della Comunità, può essere giustificata l'adozione di disposizioni speciali concernenti le norme relative al periodo di validità dei contratti per oneri di servizio pubblico per le rotte verso tali regioni.

(12) È opportuno definire in modo chiaro ed inequivoco le condizioni in base alle quali possono essere imposti oneri di servizio pubblico, assicurando allo stesso tempo che alle relative procedure di gara partecipi un numero sufficiente di concorrenti. È opportuno che la Commissione sia in grado di ottenere tutte le informazioni necessarie per valutare le motivazioni economiche che giustifichino l'imposizione di oneri di servizio pubblico in ogni singolo caso».

9. L'articolo 2 contiene le seguenti definizioni:

«1) "licenza d'esercizio", un'abilitazione, rilasciata dall'autorità competente per il rilascio delle licenze a un'impresa, che consente di operare servizi aerei, secondo le modalità indicate nell'abilitazione stessa;

(…)

8) "certificato di operatore aereo (COA)", un certificato rilasciato a un'impresa in cui si attesti che l'operatore ha la capacità professionale e l'organizzazione necessarie ad assicurare lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle operazioni specificate nel documento stesso, come previsto nelle pertinenti disposizioni del diritto comunitario o nazionale applicabile;

9) "controllo effettivo", un complesso di diritti, rapporti contrattuali, o ogni altro mezzo che separatamente o congiuntamente e tenendo presenti le circostanze di fatto o di diritto del singolo caso conferiscono la possibilità di esercitare direttamente o indirettamente un'influenza determinante su un'impresa, per mezzo, in particolare:

   a) del diritto di utilizzare in tutto o in parte il patrimonio di un'impresa;

   b) dei diritti o dei contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle votazioni o sulle deliberazioni degli organi di un'impresa oppure conferiscono un'influenza determinante sulla gestione delle attività dell'impresa;

10) "vettore aereo", un'impresa in possesso di una licenza d'esercizio valida o altro documento equivalente;

11) "vettore aereo comunitario", un vettore aereo in possesso di una licenza d'esercizio valida rilasciata da un'autorità competente per il rilascio delle licenze a norma del capo II;

(…)

14) "diritto di traffico", il diritto di prestare un servizio aereo tra due aeroporti comunitari;

(…)

26) "principale centro di attività", la sede principale o sociale di un vettore aereo comunitario nello Stato membro in cui sono esercitate le principali funzioni finanziarie e il controllo operativo compresa la gestione del mantenimento dell'aeronavigabilità, del vettore aereo comunitario».

10. L'articolo 4 stabilisce quanto segue:

«L'autorità competente per il rilascio delle licenze di uno Stato membro rilascia una licenza di esercizio a un'impresa a condizione che questa:

a) abbia il principale centro di attività in tale Stato membro;

b) sia titolare di un COA valido rilasciato da un'autorità nazionale dello stesso Stato la cui autorità competente per il rilascio delle licenze è responsabile per il rilascio, il rifiuto, la revoca o la sospensione della licenza d'esercizio del vettore aereo comunitario;

(…)

f) gli Stati membri e/o i cittadini degli Stati membri detengano oltre il 50% dell'impresa e la controllino di fatto, direttamente o indirettamente, attraverso una o più imprese intermedie, salvo quanto previsto in un accordo con un paese terzo di cui la Comunità è parte contraente;

(…)».

11. L'articolo 8 così recita:

«1. La licenza d'esercizio resta valida finché il vettore aereo comunitario soddisfa le prescrizioni del presente capo.

A richiesta, il vettore aereo comunitario deve essere in grado di dimostrare in qualsiasi momento all'autorità competente per il rilascio delle licenze che soddisfa tutte le prescrizioni del presente capo.

(…)

5. I vettori aerei comunitari notificano all'autorità competente per il rilascio delle licenze:

(…)

b) in anticipo eventuali fusioni o acquisizioni previste; (…)

(…)

7. L'autorità competente per il rilascio delle licenze decide se le licenze d'esercizio che ha rilasciato a vettori aerei comunitari debbano formare oggetto di una richiesta di conferma nel caso di cambiamenti di uno o più elementi che influiscono sulla situazione giuridica di un vettore comunitario e, in particolare, in caso di fusione o acquisizione.

(…)».

12. L'articolo 15 dispone quanto segue:

«1. I vettori aerei comunitari hanno la facoltà di prestare servizi aerei intracomunitari.

2. Gli Stati membri si astengono dall'assoggettare la prestazione di servizi aerei intracomunitari da parte di un vettore aereo comunitario a qualsivoglia permesso o autorizzazione. Gli Stati membri non chiedono ai vettori aerei comunitari di fornire alcun documento o informazione che questi ultimi abbiano già presentato all'autorità competente per il rilascio delle licenze, a condizione che le pertinenti informazioni possano essere ottenute dall'autorità competente per il rilascio delle licenze a tempo debito.

(…)

4. Nell'effettuazione dei servizi aerei intracomunitari, ai vettori aerei della Comunità è consentito di combinare più servizi aerei e di stipulare accordi di code sharing fatte salve le norme comunitarie in materia di concorrenza che si applicano alle imprese.

Con il presente regolamento sono abrogate tutte le limitazioni alla libertà dei vettori aerei comunitari di prestare servizi aerei intracomunitari derivanti da accordi bilaterali tra gli Stati membri.

5. In deroga alle disposizioni contenute negli accordi bilaterali fra Stati membri, e fatte salve le norme comunitarie in materia di concorrenza applicabili alle imprese, gli Stati membri interessati consentono ai vettori aerei comunitari di combinare servizi aerei e di stipulare accordi di code sharing con qualsiasi vettore aereo sui servizi aerei verso, da e attraverso qualsiasi aeroporto del loro territorio da o verso qualsiasi punto nei paesi terzi.

(…)».

13. Ai sensi dell'articolo 16:

«1. Previa consultazione con gli altri Stati membri interessati e dopo aver informato la Commissione, gli aeroporti interessati e i vettori aerei operanti sulla rotta, uno Stato membro può imporre oneri di servizio pubblico riguardo ai servizi aerei di linea effettuati tra un aeroporto comunitario e un aeroporto che serve una regione periferica o in via di sviluppo all'interno del suo territorio o una rotta a bassa densità di traffico verso un qualsiasi aeroporto nel suo territorio, qualora tale rotta sia considerata essenziale per lo sviluppo economico e sociale della regione servita dall'aeroporto stesso. Tale onere è imposto esclusivamente nella misura necessaria a garantire che su tale rotta siano prestati servizi aerei di linea minimi rispondenti a determinati criteri di continuità, regolarità, tariffazione o capacità minima, cui i vettori aerei non si atterrebbero se tenessero conto unicamente del loro interesse commerciale.

I criteri specifici imposti sulla rotta oggetto dell'onere di servizio pubblico sono stabiliti in modo trasparente e non discriminatorio.

(…)

4. Allorché desidera imporre un onere di servizio pubblico, lo Stato membro trasmette alla Commissione, agli altri Stati membri interessati, agli aeroporti coinvolti e ai vettori aerei che effettuano il collegamento in questione il testo dell'imposizione dell'onere di servizio pubblico prevista.

La Commissione pubblica una nota informativa nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* nella quale:

a) specifica i due aeroporti collegati dalla rotta in questione e gli eventuali scali intermedi;

b) specifica la data di entrata in vigore dell'onere di servizio pubblico; e

c) indica l'indirizzo completo presso il quale lo Stato membro interessato rende disponibile senza indugio e a titolo gratuito il testo e qualsivoglia informazione e/o documentazione pertinente correlata all'onere di servizio pubblico.

(…)».

B. Diritto nazionale

14. Mediante il decreto governativo n. 181/-A/2014, del 24 dicembre 2014[4], il governo portoghese ha approvato il processo di riprivatizzazione indiretta del capitale sociale della TAP SA attraverso una *vendita diretta di riferimento* fino al 61% delle azioni rappresentative del capitale sociale della TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, SA (in prosieguo: la «TAP SGPS») e un'offerta di vendita destinata ai lavoratori di tale società fino al 5% del capitale sociale della TAP SGPS. È stata inoltre stabilita un'opzione di vendita a favore dello Stato, il quale potrà cedere il capitale restante della TAP SGPS all'acquirente nella vendita diretta di riferimento, e potrà altresì concordare con quest'ultimo un'opzione di acquisto, conformemente al disciplinare dell'operazione.

15. Con decisione n. 4-A/2015, del 15 gennaio 2015[5], il Consiglio dei Ministri ha approvato il disciplinare dell'operazione di vendita diretta di riferimento delle azioni rappresentative fino al 61% del capitale sociale della TAP SGPS.

4 Diário da República, serie I, n. 248, del 24 dicembre 2014.

5 Diário da República, serie I, n. 13, del 20 gennaio 2015.

16. L'articolo 1 di detto disciplinare prevede quanto segue:

«1. Il presente disciplinare stabilisce i termini e le condizioni della vendita diretta di riferimento di azioni rappresentative del capitale sociale della [TAP SGPS], da realizzare nell'ambito del processo di riprivatizzazione indiretta del capitale sociale della [TAP SA].

2. La vendita diretta di riferimento comprende la cessione, mediante procedura negoziata, di uno o più pacchetti indivisibili di azioni rappresentative del capitale sociale della [TAP SGPS] a uno o più investitori nazionali o stranieri, individualmente o in gruppo.

3. La vendita diretta di riferimento delle azioni indicate al punto precedente è pattuita con uno o più offerenti selezionati come acquirenti delle azioni oggetto della vendita diretta.

4. Nell'ambito della vendita diretta di riferimento, le azioni acquistate da parte dell'offerente o degli offerenti selezionati sono cedute dalla PARPÚBLICA – Participações Públicas (SGPS), S.A. [in prosieguo: la "Parpública"]».

17. L'articolo 5 del disciplinare elenca i seguenti «criteri di selezione»:

«a) Il contributo al rafforzamento della capacità economico-finanziaria della [TAP SGPS] e della [TAP SA] nonché della sua struttura del capitale, in particolare la qualità del piano di capitalizzazione e la sua esecuzione attraverso nuovi attivi e risorse per quanto riguarda l'offerente, nonché le condizioni correlate alla messa a disposizione degli stessi, in modo da contribuire alla sostenibilità e alla valorizzazione delle imprese e alla crescita della loro attività, nonché la salvaguardia del valore e del peso relativo del capitale restante detenuto dallo Stato e del valore dell'opzione di vendita;

b) il valore presentato per l'acquisto delle azioni rappresentative del capitale sociale della [TAP SGPS] oggetto della vendita diretta di riferimento, in particolare il prezzo per azione, le entrate finanziarie globali, la qualità e il valore dei metodi e delle formule di incremento delle opzioni di vendita e di acquisto e, in generale, la possibilità di realizzare la vendita diretta entro il termine, le condizioni di pagamento e altri termini adeguati per la salvaguardia degli interessi patrimoniali dello Stato;

c) la presentazione e la garanzia di esecuzione di un adeguato e coerente progetto strategico, finalizzato alla salvaguardia e alla promozione della crescita della [TAP SA], nel rispetto del raggiungimento degli obiettivi delineati dal governo per il processo di riprivatizzazione, la promozione del rafforzamento della sua posizione concorrenziale in quanto operatore di trasporto aereo su scala globale nei mercati attuali e in nuovi mercati, il mantenimento dell'integrità, dell'identità dell'impresa e dell'autonomia del Grupo TAP, segnatamente conservando il marchio TAP e la sua associazione con il Portogallo e garantendo che la sede e la direzione effettiva del Grupo TAP continuino a essere situate in Portogallo, il contributo al mantenimento e allo sviluppo delle qualità operative e commerciali del Gruppo TAP e la valorizzazione e lo sviluppo delle sue risorse umane;

d) la capacità di assicurare l'adempimento, in maniera puntuale e adeguata, degli obblighi di servizio pubblico che incombano alla [TAP SA], anche per quanto concerne i collegamenti aerei tra i principali aeroporti nazionali e delle regioni autonome, ove necessario, nonché la continuità e il rafforzamento delle rotte che servano le regioni autonome, le comunità portoghesi stabilite all'estero e i paesi e comunità di espressione o lingua ufficiale portoghese;

e) il contributo alla crescita dell'economia nazionale, anche per quanto riguarda il mantenimento e lo sviluppo dell'attuale hub nazionale, come piattaforma di primaria importanza strategica nelle relazioni tra l'Europa, l'Africa e l'America Latina;

f) l'assenza di vincoli giuridici o economico-finanziari dell'offerente per la realizzazione della vendita diretta di riferimento, in particolare la riduzione al minimo di conflitti di interesse tra le attività dell'offerente e quelle del Grupo TAP, nonché l'attenuazione dei rischi per gli interessi patrimoniali dello Stato e per il raggiungimento degli obiettivi relativi ai criteri di cui alle lettere precedenti;

g) la rispettiva esperienza tecnica e di gestione nel settore dell'aviazione, la sua idoneità e capacità finanziaria, nonché le garanzie eventualmente prestate per soddisfare i criteri di cui alle lettere precedenti;

h) l'assunzione di impegni in materia di stabilità occupazionale, in particolare l'espresso vincolo all'adempimento, nei termini di legge e costituzionali, dell'accordo tra il governo, i sindacati e la [TAP SGPS], nonché il rispetto di tutti gli accordi collettivi vigenti;

i) il contributo al rafforzamento della struttura e della stabilità azionaria della [TAP SGPS] e della [TAP SA], in particolare attraverso l'attuazione di un modello di governo societario che tenga conto della specifica natura della [TAP SGPS], dell'attività svolta dalla [TAP SA] e degli obiettivi delineati dal governo per il processo di riprivatizzazione».

II. Fatti

18. La «Associação Peço a Palavra» («Associazione Chiedo la Parola») e altri ricorrenti hanno proposto un ricorso invia contenzioso-amministrativa dinanzi al Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema) chiedendo che sia dichiarata la nullità del disciplinare approvato con la decisione del Consiglio dei Ministri n. 4-A/2015, del 15 gennaio 2015.

19. I ricorrenti sostengono che l'articolo 5, lettera c), di detto disciplinare, nella parte in cui impone il mantenimento della sede e della direzione effettiva del Grupo TAP, sarebbe contrario agli articoli 49 TFUE e 54 TFUE. A loro parere, inoltre, l'articolo 5, lettere d) ed e), del disciplinare, imponendo i requisiti dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico e del mantenimento e sviluppo dell'attuale hub nazionale, violerebbe gli articoli 56 TFUE e 57 TFUE nonché gli articoli 16 e 17 della direttiva 2006/123.

III. Questioni pregiudiziali

20. In tale contesto, il Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema) ha sollevato le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il diritto dell'Unione, in particolare gli articoli 49 e 54 TFUE e i principi negli stessi sanciti, ammetta che, nell'ambito della procedura relativa al processo di riprivatizzazione indiretta del capitale sociale di una società a capitale pubblico che ha ad oggetto l'attività di trasporto aereo, nei documenti su cui si basa tale procedura sia previsto il requisito del mantenimento della sede e della direzione effettiva della suddetta società nello Stato membro in cui essa è stata costituita, come criterio di selezione delle proposte di acquisto dei potenziali investitori e di scelta delle offerte oggetto di aggiudicazione.

2) Se il diritto dell'Unione, in particolare gli articoli 56 e 57 TFUE e i principi negli stessi sanciti, nonché i principi di non discriminazione, di proporzionalità e di necessità, ammetta che, nell'ambito della procedura relativa al processo di riprivatizzazione indiretta del capitale sociale della stessa società, nei documenti su cui si basa tale procedura sia previsto il requisito

dell'adempimento di oneri di servizio pubblico da parte dell'ente acquirente, come criterio di selezione delle proposte di acquisto dei potenziali investitori e di scelta delle offerte oggetto di aggiudicazione.

3) Se il diritto dell'Unione, in particolare gli articoli 56 e 57 TFUE e i principi negli stessi sanciti, ammetta che, nell'ambito della procedura relativa al processo di riprivatizzazione indiretta del capitale sociale della stessa società, nei documenti su cui si basa tale procedura sia previsto il requisito del mantenimento e dello sviluppo dell'attuale hub nazionale da parte dell'ente acquirente, come criterio di selezione delle proposte di acquisto dei potenziali investitori e di scelta delle offerte oggetto di aggiudicazione.

4) Se, tenendo conto dell'attività svolta dalla stessa società, la cui cessione del capitale sociale è oggetto del processo di riprivatizzazione, l'attività in parola debba essere considerata come un servizio nel mercato interno soggetto a quanto disposto dalla direttiva [2006/123], ricorrendo l'eccezione, prevista all'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), di tale direttiva, relativa ai servizi nel settore dei trasporti, e se, di conseguenza, anche la suddetta procedura sia soggetta a quanto disposto dalla menzionata direttiva.

5) In caso di risposta affermativa alla quarta questione, se gli articoli 16 e 17 della summenzionata direttiva ammettano che, nell'ambito della procedura relativa al processo di riprivatizzazione indiretta del capitale sociale della società in parola, nei documenti su cui si basa tale procedura sia previsto il requisito dell'adempimento di oneri di servizio pubblico da parte dell'ente acquirente, come criterio di selezione delle proposte di acquisto dei potenziali investitori e di scelta delle offerte oggetto di aggiudicazione.

6) In caso di risposta affermativa alla quarta questione, se gli articoli 16 e 17 della summenzionata direttiva ammettano che, nell'ambito della procedura relativa al processo di riprivatizzazione indiretta del capitale sociale della società in parola, nei documenti su cui si basa tale procedura sia previsto il requisito del mantenimento e dello sviluppo dell'attuale hub nazionale da parte dell'ente acquirente, come criterio di selezione delle proposte di acquisto dei potenziali investitori e di scelta delle offerte oggetto di aggiudicazione».

IV. Procedimento dinanzi alla Corte e posizioni delle parti

21. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta presso la Corte il 25 settembre 2017. Hanno presentato osservazioni scritte la Parpública, i governi portoghese, italiano e dei Paesi Bassi nonché la Commissione, che hanno altresì partecipato alla pubblica udienza tenutasi il 13 settembre 2018.

22. La Parpública sostiene che si dovrebbe rispondere alla prima questione in senso negativo. A suo parere, i requisiti controversi non limiterebbero né restringerebbero la libertà di stabilimento e, se lo facessero, si tratterebbe di una limitazione giustificata. Per quanto riguarda la seconda e la terza questione, afferma che, in forza degli articoli 58, paragrafo 1, TFUE, 90 TFUE e 100, paragrafo 2, TFUE, gli articoli 56 TFUE e 57 TFUE non si applicano ai servizi di trasporto aereo. Sulla quarta questione, deduce che l'attività della TAP non può essere considerata un servizio soggetto alla direttiva 2006/123, tenuto conto dell'eccezione prevista dall'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della medesima direttiva. Pertanto, non occorrerebbe rispondere alla quinta e alla sesta questione.

23. Secondo il governo portoghese, per quel che riguarda la prima questione, il requisito al quale essa fa riferimento deriva dal regime di concessione delle licenze di esercizio di cui al regolamento n. 1008/2008 e non comporta una restrizione alla libertà di stabilimento, giacché non si applica ai potenziali investitori. Quanto alla seconda e alla terza questione, esso condivide la posizione della Parpública, sostenendo che, in ogni caso, i criteri di selezione non sarebbero in contrasto con il diritto derivato in materia di servizi di trasporto aereo. Aderisce inoltre alla posizione della Parpública sulle questioni quarta, quinta e sesta, aggiungendo che sarebbe applicabile il regolamento n. 1008/2008.

24. Secondo il governo italiano, si dovrebbe rispondere congiuntamente alle prime tre questioni nel senso che gli articoli 49 TFUE, 54 TFUE, 56 TFUE e 57 TFUE non vietano di imporre requisiti come quelli controversi nell'ambito del processo di riprivatizzazione. I requisiti contestati non limiterebbero la libertà di stabilimento o di prestazione dei servizi e, se lo facessero, sarebbero giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico.

25. Il governo italiano concorda con la Parpública e con il governo portoghese relativamente alle questioni quarta, quinta e sesta, deducendo che la direttiva 2006/123 non sarebbe applicabile al presente procedimento, seppur non basa tale affermazione sull'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), di detta direttiva, bensì sul suo articolo 1, paragrafo 2. In subordine, sostiene che, poiché la procedura di privatizzazione non riguarda il capitale del vettore aereo, bensì quello della società che lo controlla, occorrerebbe esaminare se i servizi di quest'ultima rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123. Tale ipotesi non ricorrerebbe, a suo parere, in quanto si tratterebbe di «investimenti» nel senso dell'eccezione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva citata. Se fosse un'attività di trasporto, si applicherebbe la disposizione della lettera d) della medesima disposizione.

26. Il governo dei Paesi Bassi considera, in riferimento alla prima questione, che i requisiti in discussione limitano la libertà di stabilimento, anche se potrebbero essere giustificati. Quanto alla seconda questione, condivide la posizione della Parpública e del governo portoghese riguardo all'inapplicabilità degli articoli 56 TFUE e 57 TFUE. Sulle questioni quarta, quinta e sesta, sostiene inoltre che la direttiva 2006/123 non sarebbe applicabile, conformemente al suo articolo 2, paragrafo 2, lettera d).

27. La Commissione suggerisce di rispondere alla prima questione nel senso che l'articolo 49 TFUE non osta ai requisiti controversi, sempre che il mantenimento dei diritti di traffico della società sia subordinato, in applicazione di accordi bilaterali conclusi dal Portogallo con determinati paesi terzi, al mantenimento in tale Stato della sua sede e della sua attività principale.

28. Per quanto riguarda la seconda questione, la Commissione afferma che il requisito in parola potrebbe essere ammissibile sulla base degli articoli 16, 17 e 18 del regolamento n. 1008/2008. In riferimento alla terza, considera che l'obbligo di mantenere e sviluppare l'hub nazionale potrebbe essere giustificato da motivi imperativi di interesse generale, ma non in quanto contribuirebbe alla crescita dell'economia nazionale. Quanto alle questioni quarta, quinta e sesta, ritiene che la direttiva 2006/123 non sia applicabile, a motivo del suo articolo 2, paragrafo 2, lettera d) – se l'oggetto della controversia attiene al settore dei trasporti – o del suo articolo 5, paragrafo 4 – se la controversia è riconducibile all'ambito degli appalti pubblici.

V. Analisi

29. Il Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema, Portogallo) deve chiarire se siano compatibili con il diritto dell'Unione tre fra i requisiti previsti dal disciplinare approvato dal governo portoghese nella procedura di riprivatizzazione della compagnia di trasporto aereo TAP [6].

30. Preliminarmente, occorre precisare che, ai presenti fini, si tratta in realtà di «requisiti» o «condizioni», ancorché formalmente collocati nel disciplinare sotto la rubrica «Criteri di selezione».

31. La Parpública ha sostenuto, in udienza, che il giudice a quo avrebbe commesso l'errore di qualificare come requisiti decisivi per determinare l'idoneità degli offerenti quelli che erano semplici «criteri di selezione». Tale errore avrebbe «inquinato», a suo parere, l'intero procedimento pregiudiziale.

32. Ritengo che occorra attenersi alla qualificazione giuridica utilizzata dal giudice del rinvio, il quale impiega esplicitamente e ripetutamente il termine «requisiti» [7] in riferimento alle circostanze che nel disciplinare sono indicate come «criteri». Si può discutere sulla maggiore o minore precisione di tale valutazione del giudice del rinvio, ma unicamente sotto il profilo del diritto nazionale, sulla cui interpretazione la Corte non può intervenire, dovendosi attenere a quanto indicato nell'ordinanza di rinvio in ordine alla situazione fattuale e giuridica che delimita l'oggetto del procedimento principale.

33. Ciò premesso, la risposta pregiudiziale non sarebbe diversa se si ammettesse che il disciplinare conteneva veri e propri criteri di selezione, giacché l'esame di conformità al diritto dell'Unione può essere esteso anche ad essi, come accade normalmente nelle sentenze della Corte relative ai disciplinari degli appalti pubblici.

34. In definitiva, siano essi criteri di selezione o veri e propri requisiti, il loro contenuto è divenuto vincolante nel processo di privatizzazione, sicché l'acquirente delle azioni doveva soddisfare le corrispondenti esigenze, attualmente inserite nel contratto di acquisto delle azioni in parola.

35. Ricordo che i tre requisiti controversi si traducevano nell'obbligo di a) mantenere in Portogallo la sede e la direzione effettiva della società, b) adempiere gli obblighi di servizio pubblico e c) mantenere e sviluppare l'attuale hub nazionale.

36. Invertendo l'ordine proposto dal giudice del rinvio, e secondo il parere di molte delle parti, è preferibile esaminare anzitutto la quarta questione pregiudiziale. La risposta a tale questione determinerà se il problema di merito debba essere risolto applicando la direttiva 2006/123, oppure sulla base di altre disposizioni di diritto dell'Unione.

A. L'applicabilità della direttiva 2006/123 (questioni quarta, quinta e sesta)

37. I dubbi del giudice del rinvio vertono sull'applicabilità della direttiva 2006/123, in quanto la riprivatizzazione della TAP riguarda il capitale di una società che presta servizi di trasporto aereo. A suo parere, potrebbe ricorrere, in considerazione di tale attività, l'eccezione prevista dall'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123, giacché quest'ultima non si applica ai «servizi nel settore dei trasporti».

6 Il giudice del rinvio utilizza per lo più il termine «riprivatizzazione», ma impiega occasionalmente il sostantivo «privatizzazione» (così ai paragrafi 1.1 e 3.1, punto III, dell'ordinanza di rinvio). Tuttavia, la differenza terminologica è irrilevante ai presenti fini, come è stato riconosciuto in udienza.

7 Così, nella prima questione il giudice del rinvio fa riferimento a «il *requisito* del mantenimento della sede e della direzione effettiva». Nella seconda e nella quinta questione esso menziona «il *requisito* dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico», mentre nella terza e nella sesta si riferisce a «il *requisito* del mantenimento e dello sviluppo dell'attuale hub nazionale» (il corsivo è mio).

38. Praticamente tutte le parti concordano sull'inapplicabilità della direttiva 2006/123, concernendo il presente procedimento unicamente la privatizzazione di una compagnia aerea e ricorrendo pertanto l'eccezione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), di detta direttiva.

39. Il governo italiano, tuttavia, sostiene che l'inapplicabilità della direttiva 2006/123 deriverebbe piuttosto dall'eccezione prevista al suo articolo 1, paragrafo 2, in forza del quale detta direttiva non ha ad oggetto «la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi» [8].

40. Condivido tale valutazione [9]. Si tratta, infatti, della privatizzazione di una società fino ad allora pubblica, sicché quest'unica circostanza, quali che siano i servizi prestati dall'entità privatizzata, è sufficiente per escludere l'applicabilità della direttiva 2006/123.

41. Qualora, ad abundantiam, si consideri anche la natura dell'attività esercitata dalla TAP SA, vale a dire dalla società partecipata dall'entità il cui capitale viene riprivatizzato (la TAP SPGS), si potrà rilevare che ricorre altresì l'eccezione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123.

42. Come ha ricordato la Corte nella causa Grupo Itevelesa e a. [10], «risulta dai lavori preparatori all'adozione della direttiva sui servizi che l'esclusione relativa ai "servizi nel settore dei trasporti" è stata, deliberatamente, redatta in termini intesi a creare una corrispondenza con il testo dell'articolo 51 CE, divenuto l'articolo 58 TFUE, il cui paragrafo 1 enuncia che "la libera circolazione dei servizi, in materia di trasporti, è regolata dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti"».

43. Secondo la Corte, «la nozione di "servizio nel settore dei trasporti" ricomprende non soltanto i servizi di trasporto considerati come tali, ma altresì ogni servizio intrinsecamente connesso a un atto fisico di trasferimento di persone o di beni da un luogo a un altro tramite un mezzo di trasporto» [11]. Sulla base di una definizione così ampia, l'attività della TAP SA può essere automaticamente inclusa in detta nozione, al pari, per connessione logica, di quella della TAP SPGS. Quest'ultima è solo una società di partecipazione che detiene il capitale della TAP SA, la cui riprivatizzazione costituisce l'oggetto della procedura.

44. La direttiva 2006/123 sarebbe quindi doppiamente inapplicabile nella presente causa, il che renderebbe superflua la risposta alla quinta e alla sesta questione pregiudiziale. Tuttavia, sono dell'avviso che debba prevalere la causa prevista all'articolo 1, paragrafo 2, di detta direttiva, in quanto riguarda una circostanza antecedente sotto il profilo logico, dato che, così come l'articolo 2 della direttiva 2006/123 verte sull'*ambito di applicazione* di quest'ultima, l'articolo 1 ne delimita *l'oggetto normativo*, al di fuori del quale essa non trova applicazione. Pertanto, non occorre derogare a un'applicabilità che, per definizione, non potrebbe sussistere.

B. Sulla libertà interessata nel procedimento principale

45. La privatizzazione di una compagnia aerea comporta la cessione di parte del suo capitale sociale, fino ad allora di proprietà pubblica, agli investitori (privati) che ne acquistano le azioni. La natura di privatizzazione della vendita delle azioni prevale sull'attività materiale dell'entità privatizzata. La questione rientra quindi nell'ambito di applicazione dell'articolo 345 TFUE, che sancisce il principio di neutralità dei Trattati relativamente al regime di proprietà degli Stati membri.

8 Osservazioni scritte del governo italiano (paragrafo 6).

9 Alla quale sembra aderire anche il giudice del rinvio, secondo quanto dichiarato nel paragrafo 3.4, punti XXXII e XXXIII, dell'ordinanza di rinvio.

10 Sentenza del 15 ottobre 2015 (C-168/14, EU:C:2015:685, punto 44).

11 Sentenza del 20 dicembre 2017, Asociación Profesional Élite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981, punto 41).

46. Tuttavia, tale disposizione «non produce l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri alle norme fondamentali del Trattato FUE tra cui, in particolare quelle di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libertà di circolazione dei capitali» [12].

47. Tenuto conto dei requisiti posti dal disciplinare controverso, ritengo che la libertà da considerare sia quella di stabilimento, più che quella di circolazione dei capitali o di prestazione dei servizi.

48. Infatti, la vendita di azioni che rappresentano fino al 61% del capitale sociale della TAP SGPS consentirebbe all'acquirente di esercitare un'influenza effettiva sulla gestione di detta società e sulla sua partecipata (TAP SA) e, conformemente alla giurisprudenza della Corte, tale elemento è decisivo per concludere che la libertà esercitata è quella di stabilimento [13].

49. Secondo quanto indicato nell'ordinanza di rinvio [14], poco dopo avere concluso l'accordo di vendita con la società selezionata, il governo portoghese [15] ha avviato un processo negoziale inteso a ridefinire i termini e le condizioni di partecipazione dello Stato nella TAP SGPS. Al concludersi di tale negoziato, la società acquirente ha accettato di vendere alla Parpública le azioni necessarie affinché detenesse il 50% del capitale sociale della TAP SGPS.

50. In tale (nuovo) contesto, la quota di capitale detenuta dalla società selezionata nella procedura di riprivatizzazione, pur essendo ancora rilevante, non le garantiva più la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulla gestione della TAP SGPS, come sarebbe accaduto se essa avesse conservato il 61% del capitale di detta società [16]. Tuttavia, il criterio applicato dalla giurisprudenza sopra citata non è quello dell'influenza determinante o decisiva, bensì quello dell'«influenza effettiva», vale a dire quella che può essere fatta valere attivamente nella gestione della società, come quella che, a mio avviso, si può esercitare detenendo il 45% del capitale sociale [17].

51. Ad ogni modo, la Corte deve attenersi a quanto indicato dal giudice del rinvio nelle sue questioni, ossia alle condizioni iniziali della procedura di riprivatizzazione. Senza invocare motivi diversi dalla presunzione di rilevanza che la Corte riconosce alle questioni pregiudiziali [18], è sufficiente osservare che la fattibilità dell'operazione di riacquisizione del capitale sociale della TAP SGPS da parte della Parpública potrebbe, a sua volta, essere subordinata alla validità della procedura di privatizzazione iniziale. Ha quindi ancora senso rispondere alle questioni sollevate nel contesto di una privatizzazione che ha interessato il 61% del capitale sociale della compagnia precedentemente pubblica e che, per tale motivo, era sufficiente a conferire al suo acquirente un'influenza non solo *effettiva*, bensì, in realtà, *decisiva*.

12 Sentenza del 22 ottobre 2013, Essent e a. (da C-105/12 a C-107/12, EU:C:2013:677, punto 36 e giurisprudenza citata).

13 Per riprendere i termini della sentenza del 13 aprile 2000, Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, punto 22), «[s]i avvale (…) del suo diritto di stabilimento il cittadino di uno Stato membro che detenga nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività». V., nello stesso senso, sentenze del 13 novembre 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, punto 91), e del 10 giugno 2015, X (C-686/13, EU:C:2015:375, punto 18). Viceversa, secondo la sentenza del 7 settembre 2017, Eqiom e Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, punto 41), «disposizioni nazionali che siano applicabili a partecipazioni acquisite unicamente allo scopo di realizzare un investimento finanziario, senza l'intento di influire sulla gestione e sul controllo dell'impresa, devono essere esaminate esclusivamente alla luce della libera circolazione dei capitali». V., nello stesso senso, sentenza del 20 dicembre 2017, Deister Holding e Juhler Holding (C-504/16 e C-613/16, EU:C:2017:1009, punto 78).

14 Paragrafo 3.1, punto VII, dell'ordinanza di rinvio.

15 La decisione del Consiglio di Ministri (91-A/2015) che ha posto fine alla procedura di privatizzazione reca la data del 12 novembre 2015. Il nuovo esecutivo, di diverso orientamento politico, entrato in carica lo scorso 26 novembre ha immediatamente avviato i negoziati per *riconfigurare* tale processo.

16 All'udienza la Parpública ha ammesso che lo Stato portoghese, il quale detiene attualmente la maggioranza del capitale sociale della compagnia aerea, mantiene tutti i diritti di voto inerenti alla sua partecipazione maggioritaria.

17 Lo Stato portoghese detiene il 50% del capitale sociale e i dipendenti della TAP il rimanente 5%.

18 V., tra molte, sentenze del 10 dicembre 2002, British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punto 35); del 5 luglio 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, punto 19); del 15 novembre 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punto 54), e del 28 marzo 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punti 50 e 155).

52. Le norme pertinenti per accertare la compatibilità delle clausole del disciplinare con il diritto dell'Unione sono quindi gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE. In quest'ottica, le questioni prima, seconda e terza andrebbero riformulate, in modo che ciascuno dei criteri di selezione cui fanno riferimento fosse messo in rapporto con le succitate disposizioni del TFUE.

53. Occorre inoltre fare riferimento al regolamento n. 1008/2008 [che contiene le «opportune disposizioni per la navigazione (…) aerea» stabilite dal Parlamento europeo e dal Consiglio in forza dell'autorizzazione conferita dall'articolo 100, paragrafo 2, TFUE], nella misura in cui alcune delle sue norme di armonizzazione relative alla disciplina dei servizi aerei influiscono sulla controversia in esame [19].

C. Sul carattere restrittivo dei requisiti, alla luce della libertà di stabilimento

54. A mio avviso, i tre criteri ai quali fa riferimento il giudice del rinvio contengono in sé una restrizione alla libertà di stabilimento. Ricordo che, secondo la Corte, «[d]evono essere considerati restrizioni alla libertà di stabilimento tutti i provvedimenti che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tale libertà» [20].

55. Si può concordare sul fatto che i requisiti imposti dal governo portoghese nella procedura di privatizzazione non giungono all'estremo di vietare l'esercizio di tale libertà, e neppure di ostacolarlo fino al punto di impedirlo. Tuttavia, quanto meno, essi lo rendono meno attraente.

56. Detti requisiti non sono di modesta entità. Esse implicano che il soggetto che acquista fino al 61% del capitale della TAP SGPS non potrà gestire la compagnia aerea in piena libertà e in funzione dei propri interessi economici, giacché non potrà cessare di svolgere obblighi di servizio pubblico, né disporre il trasferimento della sede o della direzione effettiva della società, né prescindere dall'attuale hub.

57. Sebbene il governo italiano insista nel sottolineare le differenze rispetto alle restrizioni derivanti dall'esercizio delle prerogative connesse alle cosiddette «golden shares» [21], mi pare che esista una forte analogia tra dette prerogative e i requisiti discussi in questa sede.

58. Le «golden shares» che uno Stato membro si riservava nei processi di privatizzazione di società precedentemente pubbliche, e sulle quali la Corte ha dovuto pronunciarsi a suo tempo [22], conferivano al loro titolare «un'influenza sulla gestione della [società] che non è giustificata dall'importanza della partecipazione che esso detiene in detta società [e che] può dissuadere gli operatori di altri Stati membri dall'effettuare investimenti diretti nella [stessa], in quanto non potrebbero concorrere alla

19 Se l'armonizzazione fosse completa, non si applicherebbero le disposizioni generali del TFUE relative alla libera prestazione dei servizi, in quanto la normativa nazionale dovrebbe essere esaminata alla luce delle disposizioni di armonizzazione e non di quelle del diritto primario, come risulta dalla giurisprudenza della Corte elaborata, tra altre, nella sentenza del 17 novembre 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, punto 57).

20 V., ad esempio, sentenza dell'8 marzo 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, punto 59).

21 Paragrafi 17 e 18 delle sue osservazioni scritte.

22 Sentenze del 4 giugno 2002, Commissione/Portogallo (C-367/98, EU:C:2002:326), Commissione/Francia (C-483/99, EU:C:2002:327) e Commissione/Belgio (C-503/99, EU:C:2002:328); del 13 maggio 2003, Commissione/Spagna (C-463/00, EU:C:2003:272) e Commissione/Regno Unito (C-98/01, EU:C:2003:273); del 6 dicembre 2007, Federconsumatori e a. (C-463/04 e C-464/04, EU:C:2007:752); del 28 settembre 2006, Commissione/Paesi Bassi (C-282/04 e C-283/04, EU:C:2006:608); del 23 ottobre 2007, Commissione/Germania (C-112/05, EU:C:2007:623); del 26 marzo 2009, Commissione/Italia (C-326/07, EU:C:2009:193); dell'8 luglio 2010, Commissione/Portogallo (C-171/08, EU:C:2010:412); dell' 11 novembre 2010, Commissione/Portogallo (C-543/08, EU:C:2010:669), e del 10 novembre 2011, Commissione/Portogallo (C-212/09, EU:C:2011:717).

gestione e al controllo di questa società proporzionalmente al valore delle loro partecipazioni» [23]. Esse comportavano, in definitiva, «il rischio che lo Stato [membro] utilizzi i suoi diritti speciali al fine di perseguire interessi non coincidenti con quelli economici della società interessata», con conseguente effetto di disincentivazione [24].

59. I requisiti ora in esame non comportano semplicemente il rischio che «talune decisioni, ritenute dagli organi [della] società utili per gli interessi economici dell[a stessa], siano bloccate» dal governo portoghese [25], bensì presuppongono che tale evenienza si sia materializzata. Gli organi della società privatizzata non potrebbero neppure *proporre* decisioni che, come il trasferimento della sede principale e della direzione effettiva, sarebbero escluse a priori per effetto di una condizione imposta inderogabilmente al nuovo proprietario della società.

60. Tanto la Parpública [26] quanto il governo portoghese [27] difendono il criterio di selezione consistente nel mantenimento della sede della società in Portogallo e richiamano la sentenza Yellow Cab Verkehrsbetrieb [28], nella quale è stato dichiarato che «l'obbligo di disporre di una sede o di un altro stabilimento sul territorio dello Stato membro ospitante non può logicamente rappresentare, in quanto tale, un ostacolo o una restrizione alla libertà di stabilimento», dato che «tale obbligo non comporta la minima limitazione della libertà di operatori economici stabiliti in altri Stati membri di creare agenzie o altri stabilimenti su tale territorio» [29].

61. In detta causa, l'obbligo controverso consisteva nell'avere una sede o un altro stabilimento nel territorio di uno Stato membro, quale requisito per ottenere un'autorizzazione all'esercizio di una linea urbana di trasporto pubblico di persone mediante autobus. Benché siffatto obbligo non fosse contrario *in quanto tale* alla libertà di stabilimento, la circostanza temporale in cui ne veniva imposta l'osservanza (prima del rilascio dell'autorizzazione) lo rendeva tuttavia incompatibile con la libertà in parola [30].

62. Nel presente procedimento, invece, non si tratta semplicemente dell'obbligo di disporre di *una* sede o di uno stabilimento permanente in Portogallo, bensì di mantenere *la* sede principale e la direzione effettiva della società nel territorio di tale Stato membro.

63. Secondo la Corte, la libertà di stabilimento comprende «il diritto per una società costituita in conformità con la normativa di uno Stato membro di trasformarsi in una società disciplinata dal diritto di un altro Stato membro (…), purché siano soddisfatte le condizioni stabilite dalla normativa di tale ultimo Stato membro» [31]. Di conseguenza, l'obbligo di mantenere in Portogallo la sede della società comporta altresì, a mio avviso, una restrizione alla libertà di stabilimento.

23 Sentenza dell'8 luglio 2010, Commissione/Portogallo (C-171/08, EU:C:2010:412, punto 60).

24 Sentenza del 28 settembre 2006, Commissione/Paesi Bassi (C-282/04 e C-283/04, EU:C:2006:608, punto 29).

25 Sentenza del 28 settembre 2006, Commissione/Paesi Bassi (C-282/04 e C-283/04, EU:C:2006:608, punto 30).

26 Paragrafo 81 delle sue osservazioni scritte.

27 Paragrafi 63 e 64 delle sue osservazioni scritte.

28 Sentenza del 22 dicembre 2010 (C-338/09, EU:C:2010:814).

29 Ibidem, punto 34.

30 Sentenza del 22 dicembre 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:814, punto 37): «il fatto di esigere che un operatore economico stabilito in un altro Stato membro, interessato ad ottenere un'autorizzazione all'esercizio di una linea regolare di trasporto di persone mediante autobus nello Stato membro ospitante, disponga di una sede o di un altro stabilimento sul territorio di quest'ultimo Stato, ancor prima che gli sia concesso di esercitare tale linea, implica un effetto dissuasivo. Infatti, un operatore economico normalmente avveduto non sarebbe disposto a procedere ad investimenti, eventualmente rilevanti, trovandosi nella completa incertezza quanto all'ottenimento di una simile autorizzazione».

31 Sentenza del 25 ottobre 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punto 33), che richiama la sentenza del 27 settembre 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456, punto 17). Per ulteriori riferimenti v. punto 35 della sentenza del 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), in cui è stato ricordato che, «[a]nche se, secondo la loro formulazione, le disposizioni del Trattato in tema di libertà di stabilimento mirano ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato membro di provenienza ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione».

64. Lo stesso vale per l'assoggettamento ad obblighi di diritto pubblico e l'imposizione del mantenimento in Portogallo dell'hub della società privatizzata. Entrambi detti obblighi possono dissuadere il potenziale acquirente dall'acquisire la maggioranza del suo capitale sociale, poiché determinano anticipatamente, in ampia misura, le successive decisioni imprenditoriali.

65. Sulla base di tale premessa, occorre esaminare se i requisiti controversi possano essere giustificati in forza del diritto dell'Unione, oltre ad essere idonei a conseguire lo scopo che eventualmente li giustifichi e a non risultare sproporzionati rispetto ad esso.

66. A detto proposito, condivido il parere del governo dei Paesi Bassi [32], il quale propone di analizzare in primo luogo il requisito relativo all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico. Il motivo, che sottoscrivo, è che il requisito del mantenimento della sede e della direzione effettiva della società in Portogallo potrebbe essere collegato al primo requisito, di cui costituirebbe, in realtà, un'estensione.

D. L'adempimento degli obblighi di servizio pubblico (seconda questione pregiudiziale)

67. Secondo l'articolo 5, lettera d), del disciplinare, tra i criteri di selezione figura «la capacità di assicurare l'adempimento, in maniera puntuale e adeguata, degli obblighi di servizio pubblico che incombano alla [TAP SA], anche per quanto concerne i collegamenti aerei tra i principali aeroporti nazionali e delle regioni autonome, ove necessario, nonché la continuità e il rafforzamento delle rotte che servano le regioni autonome, le comunità portoghesi stabilite all'estero e i paesi e comunità di espressione o lingua ufficiale portoghese».

68. La restrizione alla libertà di stabilimento, come ho già rilevato, deriva dal fatto che con tale clausola si impongono all'acquirente del 61% del capitale riprivatizzato taluni obblighi idonei, in linea di principio, a dissuaderlo dall'acquisto, giacché ne limitano l'autonomia imprenditoriale.

69. Orbene, nella giurisprudenza della Corte è pacifico che la garanzia di un servizio di interesse generale può rappresentare una ragione imperativa di interesse generale in grado di giustificare una limitazione alle libertà garantite dai Trattati [33].

70. A mio parere, assicurare il servizio aereo nei termini dell'articolo 5, lettera d), del disciplinare – che riguardano in particolare i collegamenti con le regioni autonome portoghesi, vale a dire con regioni ultraperiferiche ai sensi dell'articolo 349 TFUE – [34] rappresenta una ragione imperativa di interesse generale sufficiente a giustificare la restrizione alla libertà di stabilimento.

71. La Commissione ha incentrato i suoi argomenti sulla questione se la TAP SA sia *realmente* vincolata da obblighi di servizio pubblico e se questi siano stati fissati conformemente all'articolo 16 del regolamento n. 1008/2008. Essa afferma che, se così non fosse, tali obblighi sarebbero incompatibili con detto regolamento [35].

32 Osservazioni scritte del governo dei Paesi Bassi (paragrafo 25).

33 Così è stato dichiarato in relazione al servizio postale universale (sentenza del 28 settembre 2006, Commissione/Paesi Bassi, C-282/04 e C-283/04, EU:C:2006:608, punto 38) o ai servizi regolari di trasporto marittimo da, tra e verso le isole (sentenza del 20 febbraio 2001, Analir e a., C-205/99, EU:C:2001:107, punto 27).

34 Territori che sono particolarmente interessati dalla dichiarazione di principio contenuta nell'articolo 1 del Protocollo n. 26 incluso come allegato al TFUE, secondo cui i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 TFUE comprendono in particolare, inter alia, «la diversità tra [detti] servizi (…) e le differenze delle esigenze (…) degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche (…) diverse (…)».

35 Paragrafo 71 delle sue osservazioni scritte.

72. Nella stessa ottica, il governo dei Paesi Bassi «deduce» che grava sulla TAP SA un obbligo di servizio pubblico imposto sul fondamento dell'articolo 16 del regolamento n. 1008/2008 [36]. Più precisamente, Parpública fa riferimento agli obblighi di servizio pubblico vigenti per la TAP SA al 20 gennaio 2015, vale a dire alla data della pubblicazione ufficiale del disciplinare [37].

73. Adottando tale approccio, le parti hanno portato la discussione sul terreno degli obblighi di servizio pubblico che *incombono* alla TAP SA, presupponendo che essi esistano già (governo dei Paesi Bassi), oppure sostenendo che essi sono effettivamente vigenti (Parpública) o che sono disponibili solo informazioni parziali sulla loro esistenza (Commissione) [38].

74. A mio parere, tale approccio conduce a distogliere l'attenzione dal problema di fondo all'origine del rinvio pregiudiziale e sotteso alla questione stessa sollevata dal giudice a quo.

75. Occorre tornare al tenore letterale della condizione descritta all'articolo 5, lettera d), del disciplinare. Detta clausola indica, utilizzando la forma in congiuntivo, la «capacità di assicurare l'adempimento, in maniera puntuale e adeguata, degli obblighi di servizio pubblico che *incombano* alla [TAP SA]» [39]. Non sono menzionati gli obblighi che *incombono* alla società – vale a dire, quelli che la riguardano effettivamente – bensì quelli che le *incombano* — vale a dire, quelli che eventualmente la riguardino.

76. Il criterio di selezione, pertanto, non è la capacità di *continuare ad assicurare* l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico già gravanti sulla TAP SA (quali che siano), bensì di assumere quelli che possano esserle imposti dopo l'acquisizione di parte del suo capitale da parte del soggetto selezionato nella riprivatizzazione.

77. Certamente, l'articolo 5, lettera d), del disciplinare menziona anche, in particolare, «quanto concerne i collegamenti aerei tra i principali aeroporti nazionali e delle regioni autonome, ove necessario, nonché la continuità e il rafforzamento delle rotte che servano le regioni autonome (…)» e fa quindi riferimento ai servizi che la TAP SA sarebbe già tenuta a prestare in forza dell'articolo 16 del regolamento n. 1008/2008. Tuttavia, oltre al fatto che non viene espressamente invocato siffatto obbligo vigente, la clausola in parola riguarda a mio parere un obbligo eventuale, in quanto si riferisce ai collegamenti con le regioni autonome «ove necessario» [40].

78. Se tale interpretazione risultasse eccessivamente letterale o formalistica e si concordasse sul fatto che il disciplinare mira ad assicurare l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico che vincolano *già* la TAP SA, rimane il dato ineludibile che il giudice del rinvio fa riferimento nella sua questione all'«adempimento degli obblighi di servizio pubblico da parte dell'entità acquirente». Esso non menziona, quindi, la capacità di quest'ultima di assumere gli specifici obblighi di servizio pubblico che incombono all'entità acquisita.

36 Paragrafi 26 e 27 delle sue osservazioni scritte. La «deduzione» si basa su due comunicazioni della Commissione a norma del regolamento (CEE) n. 2408/92, antecedente del regolamento n. 1008/2008: la prima relativa ad imposizioni di oneri di servizio pubblico su servizi aerei regolari all'interno del Portogallo (GU 1995, C 200, pag. 3) e la seconda relativa all'imposizione di obblighi modificati di servizio pubblico su alcuni servizi aerei di linea in Portogallo (GU 2004, C 248, pag. 6).

37 Paragrafo 107 delle osservazioni della Parpública, in cui detta impresa richiama la comunicazione della Commissione del 20 ottobre 2010 a norma dell'articolo 16, paragrafo 4, del regolamento n. 1008/2008, sugli oneri di servizio pubblico in relazione a servizi aerei di linea (GU 2010, C 283, pag. 14).

38 In udienza è stato affermato che la TAP non esercita rotte coperte da un obbligo di servizio pubblico dal 28 marzo 2015. Da tale data vige un sistema di contributi sociali alla mobilità, applicati ai biglietti di qualsiasi società che copra determinate linee.

39 Il corsivo è mio. Nell'originale portoghese: «obrigações de serviço público que incumbam à TAP, SA».

40 Nella stessa ottica, detta disposizione menziona «la continuità e il rafforzamento delle rotte che servano le regioni autonome, le comunità portoghesi stabilite all'estero e i paesi e comunità di espressione o lingua ufficiale portoghese». Di nuovo, la disposizione in parola implica una sfumatura di eventualità e, in ogni caso, si riferisce a collegamenti aerei diversi da quelli di cui all'articolo 16 del regolamento n. 1008/2008.

79. È possibile che «gli obblighi» ai quali si riferisce detta parte dell'ordinanza di rinvio siano quelli già incombenti alla TAP SA. Tuttavia – e a mio avviso è ciò che rileva –, il giudice a quo non solleva alcuna questione riguardante tali obblighi in particolare (obblighi che, come si è rilevato, paiono essere cessati nel 2015) né chiede se essi siano stati imposti alla TAP SA conformemente al regolamento n. 1008/2008 o se, in caso contrario, la garanzia del loro adempimento possa nondimeno costituire un criterio di selezione. La sua domanda riguarda unicamente il punto se il requisito della capacità di adempiere gli obblighi di servizio pubblico possa costituire un criterio di selezione compatibile con il diritto dell'Unione.

80. In siffatti termini, marcatamente astratti, la risposta dovrebbe prescindere dagli specifici obblighi di servizio pubblico che vigenti per la TAP al momento della sua privatizzazione. Nessuna questione, ripeto, viene sollevata riguardo a detto elemento dal giudice del rinvio, al quale spetta peraltro stabilire se gli obblighi in parola siano stati imposti, o meno, in modo giuridicamente corretto (e con quali conseguenze, nel secondo caso). Ciò purché, beninteso, nel procedimento a quo fosse stata presentata una domanda di annullamento in riferimento a tale specifica questione, circostanza che non sembra ricorrere.

81. Di conseguenza, esigere che l'entità acquirente abbia la capacità di assumere gli obblighi di servizio pubblico per le rotte aeree che collegano i principali aeroporti nazionali con quelli delle regioni autonome rappresenta un requisito che, pur limitando la libertà di stabilimento, risulta giustificato in quanto con esso si soddisfa un'esigenza imperativa di interesse generale. Ragione che altro non è, in definitiva, se non quella che legittima l'imposizione di questo tipo di obblighi, i quali trovano espresso fondamento nell'articolo 16 del regolamento n. 1008/2008.

82. Per lo stesso motivo, il requisito in parola, oltre ad essere giustificato, è pertinente e adeguato, in quanto garantisce l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico incombenti alla società privatizzata, senza andare oltre quanto strettamente necessario per conseguire tale scopo.

E. L'obbligo di mantenere in Portogallo la sede e la direzione effettiva della società aerea (pima questione pregiudiziale)

83. Ai sensi dell'articolo 5, lettera c), del disciplinare, uno dei criteri di selezione è «la presentazione e la garanzia di esecuzione di un adeguato e coerente progetto strategico» finalizzato a salvaguardare e promuovere la crescita della TAP SA, conservandone l'integrità, l'identità e l'autonomia. È evidenziata la necessità di conservare «il marchio TAP e la sua associazione con il Portogallo» e di mantenere in tale Stato membro la sede e la direzione effettiva di detta società.

84. Secondo il governo dei Paesi Bassi, tale requisito può trovare una giustificazione sufficiente nell'intento di garantire l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico imposti (o che possano essere imposti) alla società acquirente [41]. Il suo argomento, tuttavia, non mi convince del tutto.

85. Infatti, la giurisprudenza non è molto propensa ad avallare questo tipo di imposizioni di sede, dato che, generalmente, è possibile ricorrere a misure meno restrittive [42]. Se gli oneri di servizio pubblico previsti dall'articolo 16 del regolamento n. 1008/2008 (vale a dire, solo i collegamenti intracomunitari) sono imposti direttamente sulle rotte, indipendentemente dalla compagnia che le copre, la tesi sopra esposta giustificherebbe il fatto che qualunque compagnia che intendesse servire tali rotte dovrebbe avere la sede in Portogallo, il che mi sembra eccessivo.

41 Osservazioni scritte del governo dei Paesi Bassi (paragrafo 36).

42 Il governo dei Paesi Bassi richiama la sentenza del 7 maggio 1998, Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, punti 36 e 37).

86. Inoltre, nessuno degli obblighi di cui all'articolo 5, lettera d), del disciplinare (la salvaguardia della «continuità e il rafforzamento delle rotte che servano (…) le comunità portoghesi stabilite all'estero e i paesi e comunità di espressione o lingua ufficiale portoghese») può essere considerato, di per sé, un obbligo di servizio pubblico, nell'accezione del succitato articolo 16 del regolamento n. 1008/2008.

87. Orbene, come evidenziato dalla Commissione, una prassi abituale nel settore del trasporto aereo consiste nell'inserire, negli accordi bilaterali conclusi con paesi terzi tanto dall'Unione quanto dagli Stati membri, un requisito di nazionalità [43]. Ciò varrebbe per gli accordi bilaterali tra il Portogallo e paesi terzi appartenenti alla comunità linguistica portoghese, quali Angola, Brasile o Mozambico [44], con i quali il Portogallo mantiene una speciale relazione storica, culturale, sociale e politica, per la cui salvaguardia e rafforzamento risulta indispensabile un sistema di trasporto aereo stabile, regolare e adeguato.

88. Nella stessa ottica, la Parpública sottolinea che gli accordi conclusi, tra l'altro, con l'Angola e il Mozambico prevedono che la compagnia aerea designata per fornire i collegamenti con il Portogallo debba avere la propria sede nel territorio portoghese, cosicché il suo trasferimento in un altro Stato comporterebbe la perdita della licenza e dei corrispondenti diritti di traffico [45], il che potrebbe compromettere gravemente uno dei fattori fondamentali di comunicazione che sta alla base delle relazioni tradizionali tra il Portogallo e i paesi della comunità lusitana di nazioni e che rappresenta per tale Stato membro una risorsa culturale e politica fondamentale.

89. Se è così, circostanza la cui verifica spetta al giudice nazionale, ritengo che tale criterio di selezione costituisca una restrizione necessaria e non sproporzionata.

F. L'obbligo di mantenere e sviluppare l'hub nazionale (terza questione)

90. L'articolo 5, lettera e), del disciplinare impone alla società acquirente «il contributo alla crescita dell'economia nazionale, anche per quanto riguarda il mantenimento e lo sviluppo dell'attuale hub nazionale, come piattaforma di primaria importanza strategica nelle relazioni tra l'Europa, l'Africa e l'America Latina».

91. Appare evidente che il mantenimento e lo sviluppo dell'hub rispondono a un obiettivo puramente economico, vale a dire la crescita dell'economia nazionale.

92. Si potrebbe forse dedurre a favore di tale criterio (e di quello esaminato in precedenza) la sua idoneità a garantire la continuità delle relazioni con i paesi della comunità storica e linguistica portoghese. Tuttavia, la clausola del disciplinare menziona solo la «primaria importanza strategica [dell'hub] nelle relazioni tra l'Europa, l'Africa e l'America Latina», assumendo che l'importanza di tali relazioni risulti, nel contesto delle norme sulla privatizzazione, dal riferimento all'economia nazionale e dal fatto che esse possano contribuire alla sua crescita.

93. Alla luce di siffatta dimensione puramente economica, il criterio relativo al mantenimento dell'hub nazionale non potrebbe giustificare, secondo la giurisprudenza della Corte, la restrizione che ne deriva per la libertà di stabilimento.

43 Punto 52 delle sue osservazioni scritte.

44 Ibidem (punto 55).

45 Punti 40 e 41 delle sue osservazioni scritte.

94. Per riprendere i termini della sentenza del 21 dicembre 2016, AGET Iraklis [46], «secondo giurisprudenza costante motivi di natura puramente economica, quali, in particolare, la promozione dell'economia nazionale o il buon funzionamento di quest'ultima, non possono servire come giustificazione per ostacoli vietati dal Trattato».

95. Ciò non significa che la Corte sia insensibile agli interessi economici degli Stati membri, allorché vengano fatti valere per limitare la libertà di stabilimento a vantaggio di un legittimo obiettivo di politica sociale. Così, nella stessa sentenza AGET Iraklis si afferma che, «[p]oiché (…) l'Unione non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'articolo 151, primo comma, TFUE, la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione» [47].

96. Nel caso di specie, tuttavia, non si riscontra nel criterio in parola una dimensione diversa da quella strettamente economica, l'unica invocata, a tale proposito, nel disciplinare. La sua applicazione comporta un ostacolo alla libertà di stabilimento che, non essendo ragionevolmente giustificato, risulta incompatibile con il diritto dell'Unione.

VI. Conclusione

97. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere al Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema, Portogallo) nei seguenti termini:

«1) L'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, non si applica a una procedura di riprivatizzazione di un'entità pubblica che detiene il capitale sociale di una società di trasporto aereo.

2) Gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, fra i requisiti applicabili nella procedura di riprivatizzazione vi siano:

– la capacità di assicurare l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico che incombano all'entità acquirente, e

– il mantenimento della sede e della direzione effettiva della società nello Stato membro in cui essa è stata costituita, purché ciò sia indispensabile per garantire i diritti di traffico aereo riconosciuti in forza di accordi bilaterali conclusi fra detto Stato e paesi terzi con i quali esso mantiene particolari relazioni storiche, linguistiche, culturali e sociali, nel caso in cui tali accordi richiedano che la società titolare della pertinente licenza di esercizio abbia la nazionalità dello Stato membro firmatario.

3) Gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, fra i menzionati requisiti, vi sia il "contributo alla crescita dell'economia nazionale, anche per quanto riguarda il mantenimento e lo sviluppo dell'attuale hub nazionale"».

46 Sentenza del 21 dicembre 2016 (C-201/15, EU:C:2016:972, punto 72).

47 Sentenza del 21 dicembre 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, punto 77).