



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

(sede convenzionata)

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE - DIRITTO
COMPARATO, INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA
XXIX ciclo

ACCESSO AGLI ATTI E DISCIPLINA DEGLI AIUTI DI STATO
L'effettività del diritto di accesso
tra normativa settoriale e garanzie fondamentali

Dottoranda:
Maria Grazia Buonanno

Supervisore:
Chiar.mo Prof. Stefano Amadeo

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Mauro Bussani

Anno Accademico 2015 - 2016

INDICE

<i>Elenco delle principali abbreviazioni</i>	IV
<i>Premessa</i>	VI

CAPITOLO I

LA NUOVA BASE GIURIDICA DEL DIRITTO DI ACCESSO NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA DOPO LA RIFORMA DI LISBONA

1. Il quadro normativo di riferimento dopo la riforma di Lisbona: considerazioni generali.....	1
2. La normativa di livello primario in materia di diritto di accesso: il rafforzamento della base giuridica del diritto a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona	
2.1 L'introduzione dell'art. 15 TFUE	5
2.2 La correlazione tra l'art. 15 TFUE ed il principio di trasparenza	8
2.3 L'allargamento soggettivo e oggettivo del campo applicativo dell'art. 15 TFUE rispetto all'art. 255 TCE	12
3. La «costituzionalizzazione» del diritto di accesso: portata e limiti del diritto alla luce delle clausole orizzontali della Carta	
3.1 La definizione del problema del riconoscimento e della gerarchizzazione del diritto di accesso	19
3.2 L'art. 42 Carta: i rapporti con la disciplina corrispondente del TFUE e il problema delle deroghe al diritto garantito	28
3.3 L'art. 41, co. 2, lett. b), Carta: i rapporti tra il diritto di accesso al fascicolo <i>ex art. 41 Carta</i> e il diritto di accesso ai documenti <i>ex art. 42 Carta</i>	36
3.4 Le conseguenze sul piano ermeneutico	43

CAPITOLO II

L'INCIDENZA DELLA GARANZIA FONDAMENTALE DEL DIRITTO DI ACCESSO SULLA NORMATIVA DERIVATA: GLI AIUTI DI STATO QUALE "BANCO DI PROVA" DELLA TENUTA DEGLI OBBLIGHI RAFFORZATI INTRODOTTI DALLA RIFORMA DI LISBONA

1. Il coordinamento tra la normativa generale sull'accesso ai documenti e le discipline di settore: criterio suppletivo o criterio di specialità?	50
---	----

2.	Le peculiarità della normativa sugli aiuti di Stato che giustificano la scelta di questo settore come parametro della consistenza del diritto di accesso in seguito all'entrata in vigore della riforma di Lisbona	60
3.	La giurisprudenza in materia di accesso al fascicolo istruttorio nell'ambito delle procedure di controllo degli aiuti di Stato	69
3.1	Il caso <i>Technische Glaswerke Ilmenau (TGI)</i> . Esame concreto e specifico dei documenti richiesti <i>vs</i> presunzione generale di riservatezza a tutela degli obiettivi delle attività di indagine: la diversa prospettiva di Tribunale e Corte	
3.1.1	Il giudizio del Tribunale.....	70
3.1.2	... annullato dalla Corte in sede di impugnazione	76
3.2	Il caso <i>Ryanair</i> : il riavvicinamento delle posizioni di Corte e Tribunale	86
3.3	Il caso <i>Navigazione Libera del Golfo (NLG)</i> : la diversa soluzione proposta in caso di tutela degli interessi commerciali	92
3.4	Il caso <i>Sea Handling</i> : l'ampliamento del margine di operatività della presunzione generale di riservatezza ed il mancato riconoscimento delle garanzie fondamentali della Carta	
3.4.1	Il giudizio del Tribunale	97
3.4.2	... confermato dalla Corte in sede di impugnazione	109
4.	I profili di criticità dell'orientamento giurisprudenziale: cenni introduttivi	115
4.1	Presunzioni generali di riservatezza: gli elementi di incoerenza con il reg. (CE) n. 1049/2001 e con gli obblighi rafforzati in tema di accesso introdotti dalla riforma di Lisbona	115
4.2	La configurazione del rapporto tra regolamento generale sull'accesso e disciplina di settore in materia di aiuti: la terza via rispetto al criterio suppletivo ed al criterio di specialità. Un passo avanti formale e uno indietro sostanziale rispetto all'attuazione coerente delle due normative	132
4.3	La rilevanza e il margine di operatività della Carta in materia di accesso al fascicolo nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato	137

CAPITOLO III
EQUITA' E ADEGUATEZZA DELLE PROCEDURE
DI CONTROLLO DEGLI AIUTI DI STATO
NEL PRISMA DELL'ACCESSO AGLI ATTI

1. Le conseguenze operative dell'interpretazione restrittiva del diritto di accesso al fascicolo in termini di garanzie procedurali riconosciute ai privati nei procedimenti in materia di aiuti di Stato	145
1.2 La riforma delle regole di procedura e l'aggravio della posizione delle parti interessate all'indagine in materia di aiuti: possibile occasione per l'applicazione del criterio suppletivo in funzione di recupero del vuoto di tutela?	146
2. Le conseguenze operative dell'interpretazione restrittiva del diritto di accesso al fascicolo nel <i>private enforcement</i> degli aiuti di Stato	157
 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	 168
 <i>Bibliografia</i>	 172
<i>Indice cronologico della giurisprudenza</i>	190

ELENCO DELLE PRINCIPALI ABBREVIAZIONI DELLE RIVISTE

<i>AJDA</i>	L'actualité juridique, droit administratif
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CLJ</i>	The Cambridge Law Journal
<i>CMLRev</i>	Common Market Law Review
<i>CYELS</i>	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
<i>Com. internaz.</i>	La Comunità internazionale
<i>Dir. Comm. Int.</i>	Diritto del Commercio internazionale
<i>Dir. comm. scambi int.</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>Dir. Pubbl. Comp. Eur.</i>	Diritto Pubblico Comparato ed Europeo
<i>Dir. Un. eur.</i>	Il Diritto dell'Unione europea
<i>Eur. Business Law Rev.</i>	European Business Law Review
<i>Eur. Const. Law Rev.</i>	European Constitutional Law Review
<i>EIOP</i>	European Integration online Papers
<i>EStAL</i>	European State Aid Law Quarterly
<i>Eur. Law Rep.</i>	European Law Reporter
<i>Eur. Law Rev.</i>	European Law Review
<i>Eur. Public Law</i>	European Public Law
<i>Fordham Int. Law Journal</i>	Fordham International Law Journal
<i>Giorn. dir. amm.</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>Guida dir.</i>	Guida al diritto
<i>Int'l & Comp. L. Q.</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>JCMS</i>	Journal of Common Market Studies
<i>Journal dr. eur.</i>	Journal de droit européen
<i>Journal dr. int.</i>	Journal du droit international
<i>Journal Eur. Comp. Law & Practice</i>	Journal of European Competition Law & Practice

<i>Journal Trib. Droit eur.</i>	Journal des Tribunaux - Droit européen
<i>L. Q. Rev.</i>	The Law Quarterly Review
<i>Leg. Issues Economic Integration</i>	Legal Issues of Economic Integration
<i>Modern Law Rev.</i>	The Modern Law Review
<i>Rev. Concurrences</i>	Concurrences: revue des droits de la concurrence
<i>Rev. droit Un. eur.</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>Rev. Lamy Concurrence</i>	Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation
<i>Rev. Marché Commun Un. eur.</i>	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
<i>Rev. Marché Unique eur.</i>	Revue du Marché Unique européen
<i>Rev. trim. droit eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>Rev. Un. Eur.</i>	Revue de l'Union Européenne
<i>Riv. dir. eur.</i>	Rivista di diritto europeo
<i>Riv. it. dir. pubbl. com.</i>	Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario
<i>St. int. eur.</i>	Studi sull'integrazione europea
<i>Yearbook Eur. Law</i>	Yearbook of European Law

PREMESSA

Il diritto di accesso ai documenti ed il principio di trasparenza sono stati oggetto di una significativa valorizzazione a seguito della riforma di Lisbona. Quest'ultima, nel dare seguito alle istanze di rafforzamento della democrazia partecipativa e di rispetto dei diritti fondamentali, ha riconosciuto a livello normativo quel che la giurisprudenza aveva da tempo già affermato, ossia che la trasparenza dell'*agere* istituzionale, garantita in primo luogo attraverso il diritto di accesso, assicura «una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale» ed una «maggior legittimità, efficacia e responsabilità dell'amministrazione rispetto ai cittadini in un sistema democratico» (Trib. 7 febbraio 2002, causa T-211/00, *Kuijer c. Consiglio*, pt. 52).

Sulla scorta di questo indirizzo, la disciplina previgente di diritto primario è stata modificata rafforzando la base giuridica del diritto di accesso, tramite una norma – l'art. 15 TFUE – maggiormente cogente rispetto al vecchio art. 255 TCE e tramite il riconoscimento espresso del diritto di accesso quale componente operativa di un rinnovato contesto valoriale, proteso a garantire il rispetto dei principi di trasparenza, democrazia partecipativa, apertura e buona amministrazione. In tal modo, il diritto di accesso è stato completamente sganciato dalla sua connotazione originaria, di strumento di organizzazione interna di talune istituzioni europee, per essere collocato tra i valori fondanti della Comunità.

Un ruolo determinante in questo processo è stato svolto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, a seguito della riforma di Lisbona, ha acquisito valore giuridico vincolante parificato a quello dei Trattati. Per conseguenza, il diritto di accesso ai documenti in possesso delle istituzioni europee ed il diritto di accesso del singolo al fascicolo che lo riguarda (previsti, rispettivamente, all'art. 42 ed all'art. 41, par. 2, lett. *b*), Carta) hanno acquisito a tutti gli effetti lo *status* rafforzato di diritti fondamentali di rilievo costituzionale.

Risulta, tuttavia, un certo "scollamento" tra in rinnovato quadro regolatorio di diritto primario e la normativa di diritto derivato, che è in larga parte antecedente alla riforma e risulta ad essa non sempre coerente, se non tramite una ri-lettura del diritto di accesso orientata dal principio della massima espansione del diritto fondamentale.

Il presente lavoro si prefigge di esaminare la consistenza del diritto di accesso in una materia – quella degli aiuti di Stato – caratterizzata da una disciplina di settore tradizionalmente molto poco permeabile all'ingresso di garanzie procedurali, tra cui si può collocare il diritto di accesso, in favore delle parti interessate all'indagine condotta dalla Commissione diverse dallo Stato membro responsabile dell'erogazione dell'aiuto e nei cui confronti è avviato il procedimento. Questa materia costituisce un terreno privilegiato di analisi, essendo connotata da una disciplina silente, e non espressamente interdittiva, in punto di accesso delle parti al fascicolo. Una disciplina, dunque, potenzialmente più ricettiva, nell'ottica della massima espansione dei diritti fondamentali, alle novità ed agli obblighi rafforzati introdotti dal Trattato di Lisbona a carico delle istituzioni europee, tra cui anche la stessa Commissione ove agisca nella funzione di "guardiana" dei Trattati e, in particolare, degli art. 107 e 108 TFUE.

Per meglio raggiungere tale obiettivo, il lavoro è suddiviso in tre capitoli.

Il primo contiene una analisi delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona in tema di diritto di accesso, con riferimento sia al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, sia alla Carta dei diritti fondamentali e analizza il rapporto tra il diritto di accesso del pubblico ai documenti in possesso delle istituzioni ed il diritto di accesso del singolo al fascicolo che lo riguarda. Da questa prima parte di lavoro emerge come il diritto di accesso contempli non solo la trasparenza intesa quale possibilità del pubblico di conoscere le attività istituzionali europee, ma anche quale protezione di specifici interessi privati. Inoltre, risulta dall'esame che il diritto di accesso deve essere concepito come la regola generale del sistema e che qualsivoglia limitazione ad esso deve essere oggetto di una interpretazione restrittiva, al fine di non pregiudicare il più ampio accesso possibile.

Il secondo capitolo indaga come ciò si rifletta nei criteri interpretativi enucleati dalla giurisprudenza in caso di accesso al fascicolo di una procedura di controllo in materia di aiuti di Stato, ove il giudice sia chiamato a bilanciare le contrapposte esigenze di tutela delle garanzie soggettive fondamentali del singolo, da un lato, e dell'interesse pubblico dell'Unione, dall'altro. A seguito di una puntuale e sistematica analisi delle sentenze, vengono individuati, anche tramite un raffronto con settori affini a quello degli aiuti di Stato (*in primis*, la materia della concorrenza), i tre principali e più significativi profili di criticità dell'orientamento giurisprudenziale. Si tratta, nello specifico, (i) dell'utilizzo ampio e generalizzato delle presunzioni di riservatezza da parte dell'istituzione a

fondamento del diniego di accesso; (ii) del problema relativo al rapporto tra normativa generale sull'accesso (reg. (CE) n. 1049/2001) e normativa settoriale sugli aiuti ed all'assenza, allo stato, di soluzioni che consentano un'attuazione coerente di entrambe le discipline; nonché (iii) del rilievo effettivo riservato alla Carta nei casi esaminati.

Infine, implicando l'esame della convergenza fra prerogative privatistiche e pubblicistiche contrapposte sul versante operativo, la ricerca costituisce uno strumento di indagine privilegiato per verificare, sotto il profilo della coerenza complessiva, l'equità e l'adeguatezza del diritto europeo degli aiuti di Stato in termini di garanzie procedurali riservate alle parti interessate, sia nella fase di svolgimento della procedura amministrativa di controllo da parte della Commissione, sia nella eventuale fase di applicazione della normativa degli aiuti da parte del giudice nazionale (*private enforcement*). A queste riflessioni è dedicato il capitolo terzo.

A chiusura del lavoro, vengono tratte le debite conclusioni sull'effettività e sulla dimensione operativa del diritto fondamentale di accesso nel contesto della disciplina degli aiuti di Stato. Infine, una riflessione è dedicata alle conseguenze che il ruolo estremamente limitato del diritto di accesso comporta in termini di equità e adeguatezza delle procedure di controllo svolte dalla Commissione in materia di aiuti di Stato, tenendo altresì conto dei riflessi in sede di applicazione della normativa europea sugli aiuti da parte delle giurisdizioni degli Stati membri.

Ringrazio i Professori che mi hanno seguita nel corso dei tre anni di dottorato e che hanno contribuito a questo e ad altri lavori con i loro suggerimenti e consigli: Stefano Amadeo e Fabio Spitaleri dell'Università degli Studi di Trieste, Bruno Nascimbene, Massimo Condinanzi e Chiara Amalfitano dell'Università degli Studi di Milano.

Ringrazio, inoltre, tutti coloro che, con disponibilità e comprensione, mi sono stati vicini e mi hanno aiutata, permettendomi di riservare tempo, concentrazione ed energie a questo scritto.

CAPITOLO I
LA NUOVA BASE GIURIDICA DEL DIRITTO DI ACCESSO
NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA DOPO LA RIFORMA DI
LISBONA

**1. Il quadro normativo di riferimento dopo la riforma di Lisbona:
considerazioni generali**

Il diritto di accesso ai documenti in possesso di istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea (nel prosieguo, per brevità, anche "il diritto di accesso") rappresenta, nell'ambito dell'ordinamento giuridico in esame, un diritto fondamentale e – nella misura in cui si vedrà oltre – anche di rango costituzionale¹.

¹ Le tematiche relative all'accesso ai documenti di istituzioni, organi ed organismi europei, al reg. (CE) n. 1049/2001 ed alla relativa giurisprudenza, unitamente alla più ampia, ma strettamente correlata, questione della trasparenza nell'ordinamento europeo, sono state ampiamente esplorate dalla dottrina, per cui si dispone di una bibliografia ormai ampia. Senza pretesa di esaustività, oltre a tutti gli autori che saranno citati nel prosieguo del presente lavoro, si vedano: J. C. PIRIS, *Dopo Maastricht le istituzioni comunitarie sono diventate più efficaci, più democratiche, più trasparenti?*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 3 ss.; D. M. CURTIN, H. MEIJERS, *The Principle of Open Government in Schengen and the European Union: Democratic Retrogression?*, in *CMLRev*, 1995, p. 391 ss.; ID., *Access to European Union Information: an Element of Citizenship and a Neglected Constitutional Right*, in N. A. NEUWAHL, A. ROSAS (eds.), *The European Union and Human rights*, The Hague, 1995, p. 77 ss.; C. FRANCHINI, *Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 823 ss.; K. CAMPBELL, *Access to European Community Official Information*, in *Int'l & Comp. L. Q.*, 1997, p. 174 ss.; S. IZZO, *Segretezza dei documenti e diritto comunitario*, in *Dir. comm. scambi int.*, 1997, p. 407 ss.; J. RIDEAU (sous la direction de), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique*, Paris, 1999; B. VESTERDORF, *Transparency – Not Just a Vogue World*, in *Fordham Int. Law Journal*, 1998, p. 902 ss.; P. DYRBERG, *Current Issues in the Debate in Public Access to Documents*, in *Eur. Law Rev.*, 1999 p. 157 ss.; H. RAGNEMALM, *The Community Courts and openness within the European Union*, in *CYELS*, 1999, p. 19; R. SCARCIGLIA, *Procedimento amministrativo comunitario e limiti al diritto di accesso all'informazione*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2000, p. 250 ss.; P. PALLARO, *Diritto di accesso ai documenti pubblici e protezione di informazioni riservate nel diritto comunitario*, in *Dir. comm. scambi int.*, 2001, p. 435 ss.; J. BIANCARELLI, N. ROBERT, *Le principe de transparence en droit communautaire. Au carrefour des droits: mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, 2002, p. 493 ss.; V. DECKMYN (ed.), *Increasing Transparency in the European Union*, Maastricht, 2002; M. SCHAUSS, *L'accès du citoyen aux documents des institutions communautaires*, in *Journal Trib. Droit eur.*, 2003, p. 1 ss.; L. COUDRAY, *La transparence et l'accès aux documents*, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 519 ss.; C. HARLOW, *Transparency in the European Union: Weighing the Public and Private Interest*, in J. WOUTERS, L. VERHEY, PH. KIIVER (eds.), *European Constitutionalism beyond Lisbon*, Antwerp, 2009, p. 209 ss.; P. BIRKINSHAW, *Transparency and Access to Documents*, in P. BIRKINSHAW, M.

Tale *status* rafforzato costituisce una conquista solo relativamente recente, che consegue alla riforma di Lisbona², con la quale sono stati modificati il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea ed è stato attribuito pieno valore giuridico, parificato a quello dei Trattati, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³.

In questa occasione sono stati rafforzati gli obblighi di trasparenza e di democrazia partecipativa dell'Unione, rispetto ai quali il diritto di accesso costituisce uno dei più significativi corollari applicativi. Ne deriva che, in quanto componente operativa di principi fondanti dell'ordinamento, il diritto di accesso si colloca oggi tra i valori basilari dell'Unione.

Inoltre, la riforma ha contribuito a rafforzare la base giuridica del diritto di accesso, tramite una ri-formulazione della norma del Trattato (art. 15 TFUE) in termini maggiormente cogenti rispetto alla disposizione previgente (art. 255 TCE) e tramite il conferimento alla Carta, e quindi anche alle norme di quest'ultima che prevedono tale diritto, di una natura cogente pari a quella dei Trattati.

Il quadro normativo di riferimento a livello di diritto primario è oggi costituito dagli art. 15 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dagli artt. 41, par. 2, lett. b), e 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta), che ci si appresta ad analizzare nei paragrafi che seguono.

Quanto al diritto derivato, la normativa generale sull'accesso ai documenti è contenuta nel reg. (CE) n. 1049/2001⁴, che enuclea i principi generali e le

VARNEY (eds.), *The EU Legal Order After Lisbon*, The Netherlands, 2010, p. 229 ss.; B. DRIESSEN, *Transparency in EU Institutional Law. A Practitioners Handbook*, 2° ed., London, 2012.

² Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, in *GUCE*, C 306 del 17 dicembre 2007.

³ La Carta è stata proclamata a Nizza da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000, in *GUCE*, C 364 del 18 dicembre 2000 (c.d. Carta di Nizza). Le stesse istituzioni hanno in seguito proclamato un testo, in talune parti modificato, in data 12 dicembre 2007 a Strasburgo, in *GUUE*, C 303 del 14 dicembre 2007 (c.d. Carta di Strasburgo).

⁴ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in *GUCE*, L 145 del 31 maggio 2001, p. 43 ss. Per una descrizione del regolamento e dei suoi elementi di maggior interesse si v.: M. MIGLIAZZA, *Il diritto all'informazione nell'Unione europea*, Milano, 2002; A. RIZZO, *Il regolamento (CE) n. 1049/2001 e la "nuova" politica comunitaria della trasparenza*, in *Com. internaz.*, 2002, p. 87 ss.; A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, p. 443 ss. e spec. p. 456 ss.; G. CONTE, *Portata e limiti del diritto di accesso ai documenti nell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 293 e spec. p. 297

limitazioni applicabili al diritto di accesso, conformemente a quanto previsto dalla normativa primaria, che, per l'appunto, demanda l'individuazione di tali elementi al diritto secondario (art. 15, par. 3, co. 2, TFUE, il cui predecessore – art. 255, par. 2, TCE – rappresenta la base legale in forza della quale è stato adottato il menzionato regolamento).

Tale regolamento, pur previgente alla riforma di Lisbona, appare con essa largamente coerente, almeno nelle intenzioni. Difatti, si tratta di una normativa improntata ad un atteggiamento di *favor* per l'accesso, desumibile in particolare dall'art. 1 e dal quarto considerando, ove viene enunciata la finalità di dare massima attuazione e di garantire l'accesso più ampio possibile, nonché dall'undicesimo considerando, ove si stabilisce che, in linea di principio, tutti i documenti delle istituzioni dovrebbero essere accessibili al pubblico.

In linea con tale finalità, il regolamento consente a «qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro» (art. 2, par. 1) di avere accesso ai documenti in possesso delle istituzioni ed accoglie una nozione ampia di documento, che ricomprende qualsiasi contenuto informativo, a prescindere dal suo supporto (art. 3, lett. a)), e che si riferisce non solo ai documenti direttamente predisposti dalle istituzioni europee, ma anche a quelli trasmessi loro da parte di soggetti terzi, come gli Stati membri (art. 2, par. 3).

L'elemento più “delicato” di tutta la normativa in esame riguarda la previsione relativa alle eccezioni alla divulgazione, enucleate nell'art. 4, rispetto alle quali si misura l'idoneità o meno del regolamento ad attribuire al diritto di accesso una portata effettivamente generale, in linea con gli obblighi di diritto primario scaturenti dal Trattato e dalla Carta⁵.

ss. e ID., *Commento all'art. 15 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Milano, 2014, p. 430 ss. e spec. p. 434 ss.

⁵ Sul regime delle eccezioni delineato nel reg. (CE) n. 1049/2001 e sulle sue applicazioni giurisprudenziali si v. l'interessante contributo di D. ADAMSKI, *How wide is “the widest possible”? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited*, in *CMLRev*, 2009, p. 521 ss. e spec. p. 522 ss. In diverse occasioni la dottrina ha espresso critiche nei riguardi delle eccezioni delineate dal reg. (CE) n. 1049/2001, mettendone in rilievo la portata eccessivamente ampia. Cfr., ad esempio, S. BRISARD, *Le droit d'accès du public aux documents non publiés des institutions communautaires*, in *Rev. Marché Commun Un. eur.*, n. 505, 2007, p. 127 ss., e spec. p. 131, ove l'A. afferma, in modo emblematico, che: «ce règlement s'intéresse plus à fixer des exceptions qu'à donner véritablement au droit d'accès une portée générale». Per un confronto tra la portata delle eccezioni previste nel reg. (CE) n. 1049/2001 e la disciplina previgente si v. S. PEERS, *The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*, in *Yearbook Eur. Law*, 2002, p. 385 e spec. p. 397 ss.; M. E. DE LEEUW, *The Regulation on*

Il regolamento distingue due gruppi di eccezioni tassative.

Il primo gruppo di eccezioni è elencato all'art. 4, par. 1. Si tratta della tutela dell'interesse pubblico con riguardo alla sicurezza pubblica, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica finanziaria, monetaria o economica dell'Unione o di uno Stato membro, nonché alla vita privata ed all'integrità degli individui, in conformità con la legislazione europea sulla protezione dei dati personali. Tali eccezioni sono definite inderogabili o obbligatorie, in quanto le istituzioni sono tenute a negare l'accesso ai documenti nel caso in cui la divulgazione del documento «*arrechi pregiudizio*» alla tutela dei menzionati interessi (c.d. *harm test*).

Diversamente, il secondo gruppo riguarda le eccezioni c.d. derogabili (art. 4, par. 2), che afferiscono (i) agli interessi commerciali di persone fisiche o giuridiche, compresa la proprietà intellettuale, (ii) alle procedure giurisdizionali ed alla consulenza legale, (iii) agli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile. In tal caso, l'istituzione non deve limitarsi a verificare che la divulgazione del documento arrechi pregiudizio ad uno degli interessi tutelati, ma deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse protetto e l'eventuale sussistenza di un prevalente interesse pubblico alla divulgazione del documento (c.d. *balancing test*). In esito a tale ponderazione, che presuppone un esame specifico ad opera dell'istituzione di ciascun documento richiesto, l'accesso al documento deve essere garantito – per quanto la divulgazione possa essere pregiudizievole – se sussiste un interesse pubblico prevalente a tale divulgazione. Possono considerarsi assimilate a questo secondo gruppo anche le eccezioni di cui al par. 3 dell'art. 4⁶, che contempla i documenti elaborati per uso interno da una istituzione o da essa ricevuti, relativi ad una questione su cui la stessa non abbia ancora adottato una decisione, nel caso in cui la divulgazione pregiudicherebbe *gravemente* il processo decisionale dell'istituzione, nonché i documenti contenenti riflessioni per uso interno, facenti parte di discussioni e consultazioni preliminari in seno all'istituzione interessata, qualora, anche una volta adottata la decisione, la divulgazione del documento pregiudicherebbe seriamente il processo decisionale dell'istituzione.

Infine, conviene segnalare che l'articolo 4 del regolamento contiene anche norme *ad hoc* per il caso di documenti provenienti da parti terze (art. 4, par. 4 e 5):

public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?, in *Eur. Law Rev.*, 2003, p. 324 ss. e spec. p. 333 ss.

⁶ G. CONTE, *Portata e limiti del diritto di accesso ai documenti nell'Unione europea*, cit., p. 302.

queste ultime devono essere previamente consultate per verificare l'applicabilità delle eccezioni, a meno che non sia chiaro che il documento può o non può essere divulgato. Inoltre, ciascuno Stato membro può chiedere che un documento proveniente da detto Stato non sia divulgato senza il suo previo accordo.

Il reg. (CE) n. 1049/2001, sommariamente descritto nei suoi tratti essenziali e rilevanti ai fini del presente lavoro, delinea la normativa "generale" sull'accesso. Tuttavia, esso non esaurisce la disciplina di diritto derivato in materia. Infatti, il quadro regolatorio di diritto derivato risulta estremamente "frammentato", ricadendo al suo interno una molteplicità di normative di settore, che contengono norme sull'accesso applicabili a talune tipologie di documenti rilevanti nel contesto di specifici procedimenti (ad esempio, in materia di concorrenza oppure nel caso di divulgazione di documenti contenenti dati di carattere personale o, ancora, nel caso di accesso alle informazioni in materia ambientale).

Tali normative, come si vedrà *infra*, pongono sovente problematiche di coordinamento con il reg. generale n. 1049/2001. Esse incidono sulla portata e sull'effettività del diritto di accesso per come lo stesso è stato ri-delineato a seguito della riforma di Lisbona – *i.e.* dagli artt. 15 TFUE, 41 e 42 Carta – dalla cui analisi occorre partire ai fini della presente indagine.

2. La normativa di livello primario in materia di diritto di accesso: il rafforzamento della base giuridica del diritto a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona

2.1 L'introduzione dell'art. 15 TFUE

Partendo dall'esame dell'art. 15 TFUE, la norma enuclea, al par. 3, co. 1, il diritto di accesso ai documenti, stabilendo che: «*qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo*».

La norma è stata introdotta con il Trattato di Lisbona e si sostituisce al precedente art. 255 TCE, modificandolo significativamente. Già tale disposizione del Trattato CE prevedeva il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni ed

ha rappresentato una tappa importante nel cammino di riconoscimento – lento, ma progressivo – del diritto di accesso. Il suo inserimento nel Trattato CE da parte del Trattato di Amsterdam⁷, infatti, aveva «*finalmente consacrato a livello di diritto primario*»⁸ l'istituto dell'accesso ai documenti, rendendo possibile la sua emancipazione da un fondamento e da una operatività riconosciuti sino ad allora solo in via di mera prassi, in forza dell'adozione, da parte di talune istituzioni, di misure organizzative interne volte a disciplinare accesso ai documenti in loro possesso⁹.

⁷ Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, firmato a Amsterdam il 2 ottobre 1997, ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, in *GUCE*, C 340 del 10 novembre 1997, p. 1 ss.

⁸ L'osservazione è di G. CONTE, *Commento art. 255 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1198 ss. e spec. p. 1199. Sulle conseguenze dell'inserimento della norma in materia di accesso ai documenti nel Trattato di Amsterdam si v. D.M. CURTIN, *Citizens' fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?* in *CMLRev*, p. 7 ss. e spec. pp. 15-16.

⁹ Nella situazione antecedente l'avvento del Trattato di Amsterdam, si rinvenivano solo alcuni sporadici interventi in materia di accesso agli atti. Si tratta, in particolare, del reg. (CEE, Euratom) n. 354/83 del Consiglio, del 1° febbraio 1983, che rende accessibili al pubblico gli archivi storici della Comunità economica europea e della Comunità europea dell'energia atomica, in *GUCE*, L 43 del 15 febbraio 1983, p. 1; la dec. n. 359/83/CECA della Commissione, dell'8 febbraio 1983, che rende accessibili al pubblico gli archivi storici della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, in *GUCE*, L 43 del 15 febbraio 1983, p. 14; nonché due risoluzioni del Parlamento europeo in tema di «Pubblicità della gestione comunitaria» (del 24 maggio 1984, in *GUCE*, C 172 del 2 luglio 1984, p. 176) ed in tema di «Pubblicità delle procedure comunitarie» (del 22 gennaio 1988, in *GUCE*, C 49 del 22 febbraio 1988, p. 175). La tematica della trasparenza comincia ad essere affrontata con intenti sistematici solo a partire dal Trattato di Maastricht, in connessione all'introduzione della cittadinanza europea. In particolare, si v. la Dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale del Trattato di Maastricht, del 7 febbraio 1992, secondo cui: «la conferenza ritiene che la trasparenza del processo decisionale rafforzi il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione. La conferenza raccomanda pertanto che la Commissione presenti al Consiglio, entro il 1993, una relazione su misure intese ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni». Facendo seguito a tale dichiarazione, il Consiglio europeo di Birmingham il 16 ottobre 1992 adottava – anche su spinta del Parlamento europeo (v. Risoluzione sullo Stato dell'Unione europea e la ratifica del Trattato di Maastricht, di qualche giorno antecedente alla riunione del Consiglio europeo) – la dichiarazione «Una Comunità vicina ai suoi cittadini» (in *Boll. CE*, n. 10/1992, p. 9, rispetto alla quale il Parlamento europeo, con la «Dichiarazione sul Consiglio europeo di Birmingham» del 28 ottobre 1992, manifestava delusione per gli scarsi risultati raggiunti), mentre con le conclusioni del successivo Consiglio europeo di Edimburgo dell'11-12 dicembre 1992 veniva adottato un testo applicativo di tale dichiarazione (in *Boll. CE*, n. 12/1992). Anche nel Consiglio europeo di Copenaghen del 22 giugno 1993 (in *Boll. CE*, n. 6/1993, p. 8 ss., spec. p. 15), veniva ulteriormente ribadita la necessità di assicurare il massimo accesso possibile dei cittadini ai lavori delle istituzioni, così come nell'ambito della dichiarazione interistituzionale sulla

Ne discende che la novità introdotta con la riforma di Lisbona tramite l'art. 15 TFUE non riguarda tanto l'individuazione di una base giuridica a livello primario (pattizio) per il diritto di accesso – della quale, come si è detto, tale diritto viene dotato già a partire dal 1997 – quanto piuttosto il rafforzamento di tale base giuridica *a)* sia in termini di riconoscimento espresso del diritto di accesso quale componente operativa del principio generale di trasparenza; *b)* sia in termini di

democrazia, la trasparenza e la sussidiarietà del 25 ottobre 1993 (in *GUCE*, C 329 del 6 dicembre 1993, p. 133). Su queste basi, la Commissione nel 1993 adottava due comunicazioni al Consiglio, al Parlamento europeo ed al Comitato economico e sociale rispettivamente in tema di «Accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni» (93/C 156/05, in *GUCE*, C 156 dell'8 giugno 1993, p. 5, ove si evidenziava, a seguito di un'indagine comparativa sull'accesso ai documenti negli Stati membri ed in taluni Paesi terzi, che esistevano buoni motivi per sviluppare in modo ancor più significativo l'accesso ai documenti a livello comunitario), ed in tema di «Trasparenza nella comunità» (93/C 166/04, in *GUCE*, C 166, del 17 giugno 1993, p. 4, che esponeva i principi fondamentali in materia di accesso ai documenti). La crescente attenzione sui temi della trasparenza e dell'accesso ai documenti ha condotto all'approvazione da parte di Consiglio e Commissione di un «Codice di condotta relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio e della Commissione» (93/730/CE, in *GUCE* L 340, del 31 dicembre 1993, p. 41). Il Codice accoglieva come principio generale quello del «più ampio accesso possibile ai documenti di cui dispongono la Commissione e il Consiglio», prevedendo una prima disciplina della procedura applicabile all'accesso e delle eccezioni opponibili alla divulgazione e demandando alla Commissione ed al Consiglio l'attuazione dei principi in esso espressi, attraverso l'adozione di specifiche misure non oltre il 1° gennaio 1994. Quanto all'efficacia del Codice di condotta si v. Corte giust. 30 aprile 1996, causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio*, pt. 26-27: «il codice di condotta si limita a prefigurare alcune decisioni ulteriori destinate, contrariamente al codice, a produrre effetti giuridici. Tracciando infatti le direttrici in base alle quali le due istituzioni adotteranno provvedimenti concernenti il carattere riservato e la comunicazione della documentazione in loro possesso, il codice risponde al bisogno del Consiglio e della Commissione di prevenire divergenze rilevanti nella loro prassi futura in materia. [...] il codice di condotta costituisce manifestazione di una mera convergenza di intenti e non è pertanto destinato a produrre di per sé effetti giuridici». Le misure di attuazione del Codice di condotta sono state adottate con dec. 93/731/CE del Consiglio, del 20 dicembre 1993, relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio, in *GUCE*, L 340 del 31 dicembre 1993, p. 43 (successivamente modificata con dec. 96/705/CE, CECA, Euratom del Consiglio, del 6 dicembre 1996, in *GUCE*, L 325 del 14 dicembre 1996, p. 19 e con dec. 2000/527/EC del Consiglio, del 14 agosto 2000, in *GUCE*, L 212 del 23 agosto 2000, p. 9) e con dec. 94/90/CECA, CE, Euratom della Commissione, dell'8 febbraio 1994, in *GUCE*, L 46 del 18 febbraio 1994, p. 58 (a sua volta modificata con dec. 96/567/CE, CECA, Euratom della Commissione, del 19 settembre 1996, in *GUCE*, L 247 del 28 settembre 1996, p. 45). Le decisioni 93/731 del Consiglio e 94/90 della Commissione avevano come base giuridica, rispettivamente, per il Consiglio l'art. 151, n. 3, CE (poi art. 207 TCE e ora art. 240 TFUE), nonché l'art. 22 dec. 93/662/CE, con cui il Consiglio ha modificato il proprio regolamento interno al fine di adeguarlo all'affermazione graduale del diritto di accesso (in *GUCE*, L 304 del 10 dicembre 1993, p. 1) e per la Commissione l'art. 162 CE (poi art. 218 TCE e ora art. 249 TFUE).

maggior coerenza dell'art. 15 TFUE rispetto all'art. 255 TCE, grazie all'ampliamento della portata della norma, tanto sotto il profilo soggettivo (relativo, cioè, ai soggetti tenuti al rispetto dell'obbligo di divulgazione), quanto sotto il profilo oggettivo (in forza dell'adozione di una definizione più ampia di "documento" divulgabile), nonché grazie all'individuazione di un nuovo quadro procedurale per l'azionabilità dell'istituto.

2.2 La correlazione tra l'art. 15 TFUE ed il principio di trasparenza

Quanto al primo aspetto poco sopra posto in rilievo, ossia la correlazione tra il diritto di accesso ed il principio generale di trasparenza, si può osservare che l'art. 15 TFUE comprende un nuovo par. 1 dedicato al principio di trasparenza¹⁰. La disposizione sancisce, in termini generali, che: «*al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile*». Anche nel par. 3, co. 3, dell'art. 15 viene introdotto *ex novo* un riferimento a detto principio, in base al quale: «*ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori*», ribadendo, nella sostanza, quanto previsto al par. 1 della norma.

Tali innovazioni incentivano un'interpretazione dell'art. 15 TFUE in combinato disposto con l'art. 1, co. 2, TUE¹¹, ove si afferma – proprio tra i principi ordinatori dell'Unione¹² – l'esigenza che «*le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile*».

¹⁰ Per un commento sull'art. 15 TFUE ed un raffronto con il precedente art. 255 TCE si v. G. CONTE, *Portata e limiti del diritto di accesso ai documenti nell'Unione europea*, cit., spec. p. 296 s. e ID., *Commento all'art. 15 TFUE*, cit., p. 430 ss.; P. PIRODDI, *Commento art. 15 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Padova, 2014, p. 184 ss.

¹¹ Per un commento alla norma si vedano ad esempio: M. PEDRAZZI, *Commento art. 1 TUE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 6 ss.; L. FUMAGALLI, *Commento art. 1 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Milano, 2014, p. 7 ss.; F. POCAR, *Commento art. 1 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Padova, 2014, p. 4 ss.

¹² Cfr. T. BLANCHET, *Transparence et qualité de la législation*, in *Rev. trim. droit eur.*, fasc. 33 (4), 1997, p. 915 ss., e spec. p. 924, ove l'A. afferma che: «l'affirmation d'un "principe d'ouverture" en tête des dispositions communes du TUE, dispositions dont les principes s'étendent non seulement au TUE, mais également aux trois Communautés (CE, CECA et Euratom), vise évidemment à marquer l'importance qui est désormais accordée à la transparence de l'activité de l'Union. Placé dans une disposition qui se réfère aux peuples et

E' da notare che la norma di apertura del TUE è stata modificata nel senso appena riportato grazie ad un emendamento introdotto dal Trattato di Amsterdam¹³, cui va attribuito, come si è detto, anche l'inserimento dell'art. 255 nel Trattato CE¹⁴. Tuttavia, nel quadro normativo di riferimento delineato ad Amsterdam, non risultava in modo chiaro il rapporto intercorrente fra diritto di accesso (art. 255 TCE) e principio di trasparenza (art. 1 TUE), essendo il primo ricostruito essenzialmente come dovere di trasparenza passiva ed afferendo, invece, il secondo – tramite il riferimento espresso nell'art. 1 TUE al “*processo decisionale*”¹⁵ – al diverso ambito della trasparenza attiva¹⁶. Sotto questo profilo, con il nuovo art. 15 TFUE viene meglio precisata tale relazione: da un lato, come visto, vengono inseriti riferimenti espliciti al principio di trasparenza nei parr. 1 e

à la proximité avec les citoyens, le principe d'ouverture est ainsi présenté comme l'un des éléments du caractère démocratique de la prise de décision dans l'Union européenne».

¹³ Il testo precedente dell'art. 1 TUE, ossia l'articolo A, si limitava a prevedere che «*nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa*» le decisioni dovessero essere «*prese il più vicino possibile ai cittadini*». Con il Trattato di Amsterdam, al principio di sussidiarietà (o principio di prossimità) viene affiancato quello di trasparenza, tramite l'aggiunta della locuzione: «*nel modo più trasparente possibile*».

¹⁴ Ci si limita qui a segnalare, tra le altre novità introdotte ad Amsterdam in relazione ai temi trattati, la dichiarazione n. 41 allegata al Trattato di Amsterdam, sulle disposizioni in materia di trasparenza, di accesso ai documenti e di lotta contro la frode, ove si legge: «la Conferenza considera che il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, quando agiscono a norma del trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio e del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, dovrebbero ispirarsi alle disposizioni in materia di trasparenza, di accesso ai documenti e di lotta contro la frode in vigore nell'ambito del trattato che istituisce la Comunità europea».

¹⁵ Nell'art. 1 TUE, infatti, la trasparenza concerne prettamente il processo decisionale, con la conseguenza che «rientrano [...] nel suo ambito di operatività innanzitutto gli strumenti di comunicazione attiva sulla normativa comunitaria», ossia gli strumenti di trasparenza attiva: C. MORVIDUCCI, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 705.

¹⁶ Il diritto di accesso è espressione funzionale della c.d. trasparenza passiva, che consiste nel dovere di divulgare un documento a richiesta del soggetto interessato. Opposta, ma complementare, è la c.d. trasparenza attiva, che abbraccia tutte le ipotesi in cui le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione pongono in essere, di loro spontanea volontà, iniziative e misure volte ad informare il pubblico, garantendo pubblicità dei loro lavori e dei documenti in loro possesso (ad esempio, tramite la creazione di registri pubblici di documenti). Per la distinzione fra trasparenza attiva e passiva (o, in altri termini, tra c.d. accesso attivo ed accesso passivo), si v. E. CHITI, *Il diritto di accesso ai documenti nel caso The Guardian*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 362 ss.; J. C. PIRIS, *La transparence dans les institutions communautaires*, in *Dir. Un. eur.*, 1999, p. 675 ss.; C. MORVIDUCCI, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, cit., p. 665 ss. e spec. p. 667; C. AMALFITANO, *L'accesso ai documenti in possesso della Corte di giustizia nell'esercizio delle sue funzioni amministrative*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 771 ss., spec. p. 773.

3, co. 3, dell'art. 15 TFUE (prima assenti nel testo dell'art. 255 TCE), i quali sono formulati in modo ampio e dunque in grado di costituire espressione della trasparenza tanto passiva, quanto attiva; dall'altro lato, l'art. 15 TFUE contiene, come si vedrà, sia disposizioni specificamente afferenti al diritto di accesso (par. 3, commi 1, 2, 3 seconda parte e 4), sia disposizioni dedicate alla trasparenza attiva (par. 3, co. 5)¹⁷. Ne deriva che il principio di trasparenza costituisce un valore più ampio del diritto di accesso, che è ricompreso nel primo e ne rappresenta uno dei due presupposti operativi.

Peraltro, dal confronto fra l'art. 15 TFUE e l'art. 1 TUE, si osserva che il principio di trasparenza è affermato in termini maggiormente prescrittivi proprio nella prima delle due norme¹⁸, tramite l'impiego del verbo al presente indicativo con valore imperativo (le istituzioni "operano" nel modo più trasparente possibile; ogni istituzione "garantisce" la trasparenza dei suoi lavori), diversamente dall'art. 1 TUE, in cui viene utilizzato un congiuntivo esortativo.

Ne discende che, nel panorama normativo di livello primario delineato dalla riforma di Lisbona, il diritto di accesso del pubblico ai documenti deve essere ricostruito quale presupposto operativo del più ampio principio di trasparenza¹⁹. In altre parole, il diritto di accesso viene saldamente ancorato e diviene componente essenziale di tale più ampio principio generale (affermato sia dall'art. 1 TUE, sia – ed in termini ancor più cogenti – dall'art. 15 TFUE), per il tramite del

¹⁷ Nel presente lavoro ci si soffermerà sull'analisi delle sole disposizioni dedicate alla trasparenza passiva. Quanto alle altre, ci si limita a rinviare all'art. 15, par. 2 e par. 3, co. 5, TFUE, dedicati entrambi alla trasparenza del processo legislativo. In particolare, il par. 2 prevede che: «il Parlamento europeo si riunisce in seduta pubblica, così come il Consiglio allorché delibera e vota in relazione ad un progetto di atto legislativo», mentre in forza del par. 3, co. 5, si stabilisce che: «il Parlamento europeo e il Consiglio assicurano la pubblicità dei documenti relativi alle procedure legislative nel rispetto delle condizioni previste dai regolamenti di cui al secondo comma».

¹⁸ Lo osservano A. ALEMANNI, *Le principe d'ouverture en droit européen: d'un instrument de lutte contre l'opacité institutionnelle à un outil de démocratie participative*, in *Rev. droit Un. eur.*, 2012, p. 627 ss. e spec. p. 633; J. SCHWARZE, *Access to Documents under European Union*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 335 e spec. p. 337.

¹⁹ D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1099 ss. e spec. p. 1105, ove si afferma che: «Article 15 TFEU frames the right of access to documents, placing it squarely as a dimension of the broader principle of transparency, ie a dimension of a principle that grounds the functioning of the Union, by virtue of its systematic insertion in the Treaty».

quale l'accesso ai documenti si colloca tra i valori fondanti, basilari della Comunità²⁰.

Di ciò si trae conferma anche prendendo in considerazione la nuova collocazione attribuita all'art. 15 TFUE, che figura nella parte I, dedicata ai principi, titolo II, contenente disposizioni di applicazione generale²¹. Al contrario, l'art. 255 TCE era stato collocato nella parte V, titolo I, capo II, dedicato alle «*disposizioni comuni a più istituzioni*»; da ciò traendosi la conferma che il diritto di accesso, nel disegno tracciato dal Trattato di Amsterdam, non poteva ancora considerarsi disancorato da una concezione più riduttiva di quella attuale, tendente a relegare l'istituto a mero aspetto dell'organizzazione interna di talune istituzioni²².

²⁰ Secondo la giurisprudenza, infatti, il principio di trasparenza, di cui l'accesso ai documenti costituisce corollario applicativo, «mira ad assicurare una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e a garantire la maggior legittimità, efficacia e responsabilità dell'amministrazione rispetto ai cittadini in un sistema democratico. Esso contribuisce a rafforzare il principio della democrazia e il rispetto dei diritti fondamentali»: *ex multis*, Trib. 7 febbraio 2002, causa T-211/00, *Kuijer c. Consiglio*, pt. 52 e giurisprudenza ivi citata.

²¹ Occorre tuttavia considerare che il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa aveva inserito sia il principio di trasparenza, sia il diritto di accesso all'art. I-50, collocato nella Parte I, Titolo VI, relativo a «La vita democratica dell'Unione», enfatizzando il tal modo il legame con la democrazia (mentre l'art. 42 Carta era stato trasposto nell'art. II-102 ed esteso a tutte le istituzioni, organi e organismi dell'Unione). Ne consegue che, nel disegno costituzionale, il diritto di accesso fruiva chiaramente del doppio statuto di principio generale della Costituzione e di diritto fondamentale. Diversamente, il Trattato di Lisbona ha collocato la norma sul diritto di accesso nel TFUE, e non nel TUE, Titolo II, ove si rinviengono le «Disposizioni relative ai principi democratici». Sul punto si v. D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, cit., p. 1105, ove gli A. osservano che: «without access to the preparatory works of the Lisbon Treaty, it is difficult to explain the meaning of this apparent “downgrading” of the status of the right of access to documents. However, there are enough indications in the Treaty to ground the claim that access to documents, as the legal limb of the broader principle of transparency (Art. 15, in particular para 3, TFEU), retains a fundamental political meaning as a core element of the democratic life of the Union». Per un'analisi degli artt. I-50 e II-102 del Trattato Costituzionale si v. J. ZILLER, *Article I-50 – Transparence des travaux des institutions, organes et organismes de l'Union*, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Parties I et IV*, t. 1, Bruxelles, 2007, p. 653 ss. e ID. *Article II-102 – Droit d'accès aux documents*, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: la Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, 2005, p. 538 ss. Cfr. anche H. R. KRANENBORG, *Is it Time to Revise the European Regulation on Public Access to Documents?*, in *Eur. Public Law*, 2006, p. 251 e spec. p. 272 ss.

²² Su questo aspetto si v. *amplius*: D. M. CURTIN, *Citizens' fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?*, cit., p. 14; C. MORVIDUCCI, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, cit., p. 702; M. P. BROBERG, *Access to*

2.3 L'allargamento soggettivo e oggettivo del campo applicativo dell'art. 15 TFUE rispetto all'art. 255 TCE

Coerentemente con il più ampio respiro che la disposizione ha assunto in base alla sua nuova collocazione ed al suo inequivocabile ancoraggio ad un principio generale dell'ordinamento, l'art. 15 TFUE si caratterizza anche per una portata maggiormente prescrittiva rispetto al corrispondente art. 255 TCE. Il dovere di trasparenza c.d. passiva, infatti, non incombe più solo sul Parlamento europeo, sul Consiglio e sulla Commissione – uniche istituzioni espressamente obbligate ai sensi dell'art. 255 TCE – ma viene esteso a tutte le «*istituzioni, organi e organismi dell'Unione*», con un'unica parziale esclusione, prevista al par. 3, co. 4, per la Corte di giustizia dell'Unione europea, la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti, che sono tenute a garantire il diritto di accesso solo con riguardo ad una parte limitata della loro attività, ovverosia «*soltanto allorché esercitano funzioni amministrative*»²³.

Conseguentemente, anche il nuovo par. 3, co. 3, dell'art. 15 TFUE estende a tutte le istituzioni, organi e organismi europei la necessità di definire, tramite regolamenti interni, disposizioni in materia di accesso (volte a completare la disciplina attuativa contenuta nel reg. (CE) n. 1049/2001).

La portata innovativa dell'estensione della sfera di operatività soggettiva della norma potrebbe in realtà essere ridimensionata tenendo presente che, già ben prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, molti enti europei (oltre alle tre istituzioni direttamente obbligate a seguito dell'introduzione dell'art. 255 TCE) avevano adottato su base volontaria normative interne volte a facilitare l'accesso ai documenti in loro possesso²⁴.

Documents: A General Principle of Community Law?, in *Eur. Law Rev.*, vol. 27, 2002, p. 194 ss. e spec. p. 197.

²³ Per un commento alla decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea, dell'11 dicembre 2012, relativa all'accesso del pubblico ai documenti che essa detiene nell'esercizio delle sue funzioni amministrative (in *GUUE*, C 38 del 9 febbraio 2013, p. 2), si v. C. AMALFITANO, *L'accesso ai documenti in possesso della Corte di giustizia nell'esercizio delle sue funzioni amministrative*, cit., p. 775 ss.

²⁴ Diverse istituzioni, diversi organi e organismi europei, soprattutto dietro pressione del Mediatore Europeo, si erano dotati, tra il 1997 ed il 1998, di una regolamentazione interna in materia di accesso ai documenti, sulla falsariga dei principi espressi nel Codice di condotta e dei regolamenti adottati dal Consiglio e dalla Commissione in materia. Si v. in particolare: reg. 97/C 243/06 della Banca europea per gli investimenti, che disciplina l'accesso del pubblico ai documenti, adottato dal Comitato direttivo della Banca il 16 marzo 1997, in *GUCE*, C 243 del

Inoltre, il riferimento alle tre istituzioni vincolate dall'art. 255 TCE era stato da subito inteso come comprensivo anche degli organi interni a tali istituzioni e dei comitati dalle stesse istituiti²⁵.

Infine, occorre considerare che, a seguito dell'adozione del reg. (CE) n. 1049/2001, con il quale è stata data attuazione all'art. 255 TCE, il legislatore comunitario, nel 2003, aveva provveduto a rendere applicabile tale normativa agli organi e organismi dell'Unione allora esistenti e non coperti dall'art. 255 TCE (e, conseguentemente, dal regolamento), tramite una modifica dei loro regolamenti

9 agosto 1997, p. 13 (e, successivamente, documento 2002/C 292/08, in *GUCE*, C 292 del 27 settembre 2002, p. 10); dec. 18/97 della Corte dei Conti, del 7 aprile 1997, recante la regolamentazione interna sul trattamento delle domande di accesso ai documenti di cui dispone la Corte, in *GUCE*, C 295 del 23 settembre 1998, p. 1 (e, successivamente, dec. n. 12/2005, del 10 marzo 2005 modificata dalla dec. n. 14/2009, in *GUUE*, C 67 del marzo 2009), p. 1; dec. del Comitato economico e sociale, del 17 maggio 1997, relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Comitato economico e sociale, in *GUCE*, L 339 del 10 dicembre 1997, p. 19; dec. 97/9 dell'Istituto monetario europeo, del 3 giugno 1997, relativa all'accesso del pubblico ai documenti amministrativi dell'IME, in *GUCE*, L 90 del 25 marzo 1998, p. 43; dec. 97/632/CE, CECA, Euratom del Parlamento europeo, del 10 luglio 1997, relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, in *GUCE*, L 263 del 25 settembre 1997, p. 27; dec. del Comitato delle regioni, del 17 settembre 1997, relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Comitato delle regioni, in *GUCE*, L 351 del 23 dicembre 1997, p. 70; dec. BCE/1998/12 della Banca centrale europea, del 3 novembre 1998, relativa all'accesso del pubblico ai documenti e agli archivi della Banca centrale europea, in *GUCE*, L 110 del 28 aprile 1999, p. 30 (e, successivamente, dec. 2004/258/CE del 4 marzo 2004, in *GUUE*, L 80 del 18 marzo 2004, p. 42). Per un approfondimento sulle indagini condotte dal Mediatore europeo e sul suo ruolo propulsore nella diffusione di una disciplina sull'accesso ai documenti presso tutti gli enti europei si vedano in particolare: U. ÖBERG, *Public Access to Documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: Much Ado About Nothing?*, in *EIOP*, 1998, vol. II, n. 8, p. 5 ss.; J. SODERMAN, *The Role and Impact of the European Ombudsman in Access to Documentation and the Transparency of Decision-Making*, in V. DEMCKYN, I. THOMSON, *Openness and Transparency in the European Union*, Maastricht, 1998, p. 75 ss.; A. TOMKINS, *Transparency and the Emergence of a European Administrative Law*, in *Yearbook Eur. Law*, 1999, p. 217 ss. e spec. p. 235 ss.; R. VICIANO PASTOR, *Publicité et accès aux documents officiels dans les institutions de l'Union européenne avant et après le Traité d'Amsterdam*, in M. DONY (sous la direction de), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, p. 649 e spec. p. 669 ss.

²⁵ In merito all'accesso ai documenti in possesso dei comitati di comitologia si v. la dec. 1999/468/EC del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, ove si prevede che, in relazione ai comitati, debbano trovare applicazione i principi e le condizioni relative all'accesso del pubblico ai documenti applicabili alla Commissione, in *GUCE*, L 184 del 17 luglio 1999, p. 23. Si v. inoltre la sentenza Trib. 19 luglio 1999, causa T-188/97, *Rothmans c. Commissione*. In dottrina si v. *amplius* A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, cit., spec. pp. 459 ss.

istitutivi²⁶. Per gli organi ed organismi creati successivamente all'avvento del reg. (CE) n. 1049/2001, invece, l'accesso ai documenti era stato assicurato tramite rinvio espresso nei regolamenti istitutivi alla disciplina del reg. (CE) n. 1049/2001.

Tuttavia, l'estensione soggettiva garantita dall'art. 15 TFUE non è meno importante²⁷ ove si consideri che essa consente, oggi, di «*disposer d'un cadre unique pour l'accès aux documents de toutes les institutions, organes, organismes et agences de l'Union européenne*»²⁸ a livello di diritto primario. Essa costituisce, quindi, un passaggio indispensabile affinché, per assicurare la piena attuazione all'art. 15 TFUE senza disparità di regimi da ente ad ente, si provveda a modificare la disciplina di livello derivato, a partire proprio dal reg. (CE) n. 1049/2001 (che vincola esclusivamente il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione), uniformando le divergenze sussistenti tra i casi in cui, come osservato, l'accesso ai documenti è stato riconosciuto in forza di una modifica dei regolamenti interni di taluni organi europei ed i casi in cui questo risultato è stato ottenuto in forza di una revisione o di un rinvio espresso al reg. (CE) n. 1049/2001 nei regolamenti istitutivi di talaltri enti europei.

All'estensione del campo applicativo della norma sotto il profilo soggettivo corrisponde un ampliamento della sua portata oggettiva²⁹. L'art. 15, par. 3, co. 1,

²⁶ Si vedano i reg. da n. 1641 a 1655 del 2003, in *GIUE*, L 245 del 29 settembre 2003, che introducono il diritto di accesso ai documenti di organi e organismi dell'Unione tramite la modifica dei regolamenti istitutivi degli enti allora esistenti. Sul punto v. *amplius* G. CONTE, *Commento all'art. 15 TFUE*, cit., p. 444.

²⁷ R. VICIANO PASTOR, *Publicité et accès aux documents officiels dans les institutions de l'Union européenne avant et après le Traité d'Amsterdam*, cit., p. 680, ove, con atteggiamento critico nei confronti dei «soi-disant progrès» introdotti dal Trattato di Amsterdam, l'A. rileva che, sebbene già negli anni antecedenti l'avvento del Trattato di Amsterdam diverse istituzioni, organi e organismi dell'Unione si fossero dotati di regolamenti interni sull'accesso del pubblico ai documenti in loro possesso, «il est frappant de constater que le traité d'Amsterdam limite le droit à obtenir des documents à trois institutions: le Conseil de l'Union, la Commission et le Parlement européen. L'exclusion des autres institutions communautaires et des organes communautaires devient ridicule quand on rappelle que, après l'intervention du Médiateur européen, beaucoup de ces institutions et organes ont adopté les dernières années des mesures dans leurs règlements intérieurs afin de faciliter l'accès du public à leurs documents officiels».

²⁸ A. ALEMANNI, *Le principe d'ouverture en droit européen: d'un instrument de lutte contre l'opacité institutionnelle à un outil de démocratie participative*, cit., p. 635.

²⁹ Come noto, con il Trattato di Lisbona viene meno la questione relativa all'ambito di operatività della normativa sull'accesso al secondo (PESC) ed al terzo (GAI) pilastro. Tuttavia, anche nel previgente regime poteva ritenersi applicabile l'art. 255 TCE nei confronti di queste politiche dell'Unione, in forza del richiamo a tale norma contenuto negli artt. 28, co. 1, e 41, co. 1, TUE. In giurisprudenza si vedano Trib. 17 giugno 1998, causa T-174/95, *Svenska*

TFUE aggiunge un inciso inedito rispetto alla versione dell'art. 255, par. 1, TCE, con il quale si precisa che la richiesta di accesso può riguardare tutti i documenti in possesso delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione «*a prescindere dal loro supporto*». Viene accolta, per tale via, una definizione ampia di documento, comprendente tutte le ipotesi in cui l'informazione sia contenuta su supporto cartaceo, elettronico, oppure in una registrazione sonora, visiva o audiovisiva e riguardi aspetti relativi alle politiche, iniziative e decisioni di competenza dell'istituzione³⁰.

Infine, si può osservare che il nuovo par. 3 dell'art. 15 TFUE non si limita (come il previgente art. 255 TCE) a prevedere semplicemente che le istituzioni «*definiscono nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti*», ma precisa anche che tali poteri di auto-regolamentazione devono essere esercitati «*in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma*», ovverosia i regolamenti con cui il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, individuano «*i principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti*».

Quindi, sebbene con l'art. 15 TFUE sia stato mantenuto lo schema, già fatto proprio dal precedente art. 255, par. 2, TCE, secondo cui all'affermazione del diritto segue il riconoscimento della possibilità di sottoporlo a restrizioni per salvaguardare altri interessi degni di tutela³¹, il Trattato di Lisbona si è

Journalistförbundet c. Consiglio, in relazione al terzo pilastro e 19 luglio 1999, causa T-14/98, *Hautala c. Consiglio (Hautala I)*, in relazione al secondo pilastro.

³⁰ Cfr. la definizione di "documento" contenuta all'art. 3, lett. a), del reg. (CE) n. 1049/2001. Secondo la giurisprudenza, la nozione di documento è oggetto di «un'ampia definizione»: cfr. Trib. 12 settembre 2007, causa T-36/04, *API c. Commissione* e 27 febbraio 2015, causa T-188/12, *Breyer c. Commissione*. Restano escluse unicamente le informazioni non contenute all'interno di un documento: cfr. Trib. ord. 27 ottobre 1999, causa T-106/99, *Meyer c. Commissione*, pt. 34 ss.; 26 ottobre 2011, causa T-436/09, *Dufour c. BCE*. Cfr. *amplius* in dottrina D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, cit., pp. 1109-1110.

³¹ Per tale ragione l'art. 15 TFUE, al pari del precedente art. 255 TCE e dell'art. 1 TUE, non può essere considerato come dotato di effetto diretto, in quanto la sua attuazione viene subordinata all'adozione di ulteriori provvedimenti, con i quali vengano definiti, per l'appunto, i principi generali e le limitazioni al diritto di accesso necessarie a salvaguardare altri interessi, sia di rilievo pubblicistico, sia di rilievo privatistico. Si veda sul punto Trib. 11 dicembre 2001, causa T-191/99, *Petrie e a. c. Commissione*, pt. 34 e 35, ove si afferma: «gli artt. 1, secondo comma, UE e 255 CE non sono direttamente applicabili. A tal riguardo si deve ricordare che, come risulta dalla sentenza della Corte 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos* (Racc. pag. 3), i criteri che consentono di decidere se una disposizione del Trattato sia direttamente applicabile sono quelli secondo cui la norma deve essere chiara, deve essere

preoccupato di circondare dette limitazioni di maggiori garanzie, a protezione del nucleo essenziale del diritto. Non solo i limiti al diritto di accesso devono essere individuati tramite regolamenti adottati con procedura legislativa ordinaria (come già stabiliva il previgente art. 255, par. 2, TCE, facendo riferimento alla procedura di codecisione), ma a tali regolamenti devono conformarsi anche tutti i regolamenti interni adottati dagli enti europei per disciplinare il diritto di accesso. In altri termini, con l'aggiunta dell'inciso "*in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma*", non presente nel previgente art. 255 TCE, la norma del TFUE evidenzia in modo più stringente l'esigenza di garantire l'uniformità della disciplina sull'accesso e di evitare che, tramite l'adozione di misure di organizzazione interna da parte degli stessi soggetti passivi dell'obbligo di divulgazione, possano essere introdotte limitazioni variabili da ente ad ente ed ulteriori rispetto a quelle di cui al reg. (CE) n. 1049/2001, con pregiudizio all'effettività del diritto di accesso.

In breve, alla luce di quanto finora osservato, se è possibile ritenere che con il Trattato di Amsterdam il diritto di accesso abbia trovato per la prima volta fondamento e collocazione nel diritto primario, in forza dell'inserimento dell'art. 255 nel Trattato CE, con il Trattato di Lisbona la base giuridica del diritto in esame da un lato viene rafforzata, tramite l'inequivoco ancoraggio al principio fondamentale di trasparenza, di cui l'accesso ai documenti rappresenta un presupposto operativo, e la sua sicura collocazione tra i principi ordinatori di applicazione generale; dall'altro lato, viene dotata di maggior efficacia prescrittiva, grazie alla definizione di un quadro normativo più chiaro e maggiormente cogente ed all'ampliamento della portata applicativa della disposizione da un punto di vista sia soggettivo, sia oggettivo.

incondizionata, ossia la sua esecuzione non deve essere subordinata ad alcuna condizione di merito, e la sua attuazione non deve essere subordinata all'intervento di ulteriori provvedimenti che potrebbero adottare, con un potere discrezionale, le istituzioni comunitarie o gli Stati membri. Nella fattispecie è evidente che l'art. 1, secondo comma, UE non è chiaro nel senso richiesto dalla giurisprudenza menzionata. Inoltre è manifesto che l'art. 255 CE, in ragione dei nn. 2 e 3, non è incondizionato e che la sua attuazione è subordinata all'adozione di provvedimenti ulteriori. Infatti, la fissazione dei principi generali e dei limiti che, per motivi di interesse pubblico o privato, disciplinano l'esercizio del diritto di accesso ai documenti è affidata al Consiglio nell'ambito dell'esercizio del suo margine di valutazione in materia legislativa». Per un commento alla citata sentenza, si v. A. SIMONATI, *Gerarchia delle fonti, segretezza sugli atti delle istituzioni e «regola dell'autore» in una recente sentenza del Tribunale di primo grado*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2002, p. 308 ss.

Tali considerazioni risultano confortate anche volgendo lo sguardo ad altre disposizioni introdotte con il Trattato di Lisbona, che valorizzano i principi di apertura, di democrazia partecipativa ed il diritto ad una buona amministrazione³², di cui il diritto di accesso costituisce un «elemento essenziale»³³,

³² Su tali aspetti si v., *ex multis*, oltre al già cit. lavoro di A. ALEMANNI, *Le principe d'ouverture en droit européen: d'un instrument de lutte contre l'opacité institutionnelle à un outil de démocratie participative*, anche: R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 21; J. C. PIRIS, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010; J. MENDES, *Participation and the role of law after Lisbon: a legal view on Article 11 TEU*, in *CMLRev*, 2011, p. 1849; G. MORGESE, *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI, *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 37 ss.

³³ Lo osservava, già molto tempo prima dell'avvento del Trattato di Lisbona, l'avvocato generale Tesouro nelle conclusioni presentate in data 28 novembre 1995 nella causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio*, in particolare pt. da 14 a 19, ove si afferma: «è innanzitutto appena il caso di ricordare come la trasparenza dell'azione dei pubblici poteri, in quanto tende ad assicurare una migliore conoscenza, da parte dei cittadini, degli atti e dei provvedimenti adottati da coloro che sono investiti di «funzioni di governo», anche nella fase della loro formazione, è questione intimamente legata a quella del carattere democratico delle istituzioni. Infatti, solo qualora sia assicurata un'adeguata pubblicità alle attività del potere legislativo, dell'esecutivo e della pubblica amministrazione in generale, sono possibili l'esercizio di un effettivo ed efficace controllo, anche a livello di opinione pubblica, sull'operato dell'organizzazione governante e, altresì, lo sviluppo, nei rapporti tra amministrazione ed amministrati, di modelli organizzativi realmente partecipati. Che la pubblicità sia inerente ad un sistema democratico risulta all'evidenza anche dall'esame comparato degli ordinamenti dei paesi membri della Comunità, che riconoscono tutti un ampio diritto dei cittadini ad essere informati, pur variando il rango della fonte normativa che riconosce e disciplina tale diritto, come pure i limiti che lo stesso diritto incontra. [...] La base di un tale diritto [diritto soggettivo all'informazione] va piuttosto ricercata nel principio democratico, che rappresenta uno degli elementi fondanti della costruzione comunitaria, quale risulta adesso consacrato nel Preambolo del Trattato di Maastricht e nell'art. F delle disposizioni comuni. Orbene, alla luce dell'evoluzione constatata negli ordinamenti degli Stati membri, di tale principio costituisce attualmente elemento essenziale il diritto di accesso ai documenti ufficiali. Esso, infatti, è il presupposto imprescindibile per consentire un controllo efficace dell'opinione pubblica sull'operato dei pubblici poteri. È dunque il principio democratico, con i contenuti che esso è venuto progressivamente assumendo nei vari ordinamenti nazionali, ad imporre che l'accesso ai documenti non sia più consentito solo al destinatario di un provvedimento dell'autorità pubblica». Il legame tra la democraticità e diritto di accesso è riconosciuto anche nella normativa di diritto derivato. Si v., in proposito, il considerando n. 2 del reg. (CE) n. 1049/2001, ove si afferma: «la politica di trasparenza contribuisce a rafforzare i principi di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 6 del trattato UE e dalla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», richiamato espressamente anche da Corte giust., 1 luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, pt. 45. In dottrina, si v. D. M. CURTIN, *Between and Between: Democracy and Transparency in the Governance of the European Union*, in A. E. KELLERMANN, B. DE WITTE, D. M. CURTIN, J. A. WINTER (eds.), *Reforming the Treaty on European Union. The Legal Debate*, The Hague, 1996, p. 95 ss.; H. RAGNEMALM, *Démocratie et transparence: sur le droit général*

oltre che un corollario applicativo. In aggiunta all'art. 1 TUE, di cui si è già detto, occorre fare riferimento all'art. 10, par. 3, TUE, secondo cui «ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini»³⁴; ai successivi art. 11, par. 2 e par. 3, TUE, che recitano: «le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile» e «al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate»³⁵ e, infine, all'art. 298 TFUE, che estende il principio di trasparenza anche all'amministrazione, stabilendo che: «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente».

Questo rinnovato contesto valoriale ha avuto riverberi pratici significativi in materia di accesso ai documenti, favorendo, ad esempio, iniziative tendenti ad assicurare la trasparenza dei lavori di istituzioni, organi e organismi europei³⁶, anche in misura superiore a quanto strettamente “dovuto” in forza degli obblighi imposti dai Trattati e dalla normativa derivata³⁷.

d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Milano, 1998, p. 809 e spec. p. 810, ove l'A. afferma in modo icastico che il diritto di accesso rappresenta «le droit de regard des citoyens sur leurs autorités publiques» [corsivo aggiunto] e, dunque, constitue «le fondement même du principe démocratique et de la souveraineté populaire». *Contra*: M. P. BROBERG, *Access to Documents: A General Principle of Community Law?*, cit., p. 204. La correlazione tra il diritto di accesso ed il principio di apertura è oggetto di riflessione da parte di A. ALEMANNI, *Le principe d'ouverture en droit européen: d'un instrument de lutte contre l'opacité institutionnelle à un outil de démocratie participative*, cit., spec. p. 648, mentre il legame tra accesso ai documenti e principio di buona amministrazione è affermato da Corte giust. 30 aprile 1996, causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio*, pt. 37; 6 dicembre 2001, causa C-353/99, *Consiglio c. Hautala (Hautala II)*, pt. 25.

³⁴ Di tale norma si trova evidente riflesso nei considerando di apertura del reg. (CE) n. 1049/2001.

³⁵ A. ALEMANNI, *Le principe d'ouverture en droit européen: d'un instrument de lutte contre l'opacité institutionnelle à un outil de démocratie participative*, cit., p. 639 osserva che: «d'un point de vue juridique, le langage employé dans l'article 11 (le texte anglais utilise au moins une fois l'auxiliaire *shall* par paragraphe) suggère clairement que cette disposition comporte un contenu prescriptif».

³⁶ Cfr., ad esempio, il Codice europeo di buona condotta amministrativa, approvato in prima versione dal Parlamento europeo nel 2001 e successivamente modificato: al suo art. 23, par. 1, è previsto che: «il funzionario tratta le richieste di accesso ai documenti di maniera conforme alle norme adottate dall'istituzione ed ai principi ed ai limiti enunciati nel regolamento (CE) n° 1049/2001».

³⁷ Si pensi, ad esempio, che nel febbraio 2015, la Banca Centrale Europea ha reso pubblica, per la prima volta, la minuta della seduta del Consiglio direttivo del 21-22 gennaio 2015, con

Sembra dunque potersi trarre la conclusione che, nel quadro di diritto primario delineatosi *post* Lisbona, il diritto di accesso è stato oggetto di un rafforzamento operato sia in via diretta, tramite le innovazioni contenute nel testo dell'art. 15 TFUE e già sopra evidenziate, sia in via indiretta, giacché tale diritto si colloca alla confluenza di molteplici principi fondanti della costruzione comunitaria (trasparenza, apertura, democrazia partecipativa, buona amministrazione), valorizzati e potenziati dalle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, e ne rappresenta uno dei principali presupposti applicativi. Ciò significa che il diritto di accesso, costituendo l'espressione operativa di tali principi generali, contribuisce in modo sostanziale a definire la stessa forma di ordinamento comunitario voluta dai Trattati, soprattutto *post* Lisbona, con l'abbandono definitivo della segretezza quale principio generale informatore dell'attività di istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

3. La «costituzionalizzazione» del diritto di accesso: portata e limiti del diritto alla luce delle clausole orizzontali della Carta

3.1 La definizione del problema del riconoscimento e della gerarchizzazione del diritto di accesso

Volgendo ora lo sguardo alle previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto di accesso è in essa affermato in due occasioni: nell'art. 41, par. 2, lett. b), che riconosce il diritto di ciascun individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale, e nell'art. 42, che sancisce il diritto di

cui è stato dato avvio al *quantitative easing programme*. Tale scelta non è "dovuta" sotto il profilo strettamente normativo, non esistendo alcuno specifico obbligo giuridico a riguardo per la BCE. Anzi, seppur sul fronte della trasparenza "passiva", il terzo considerando della decisione BCE/2004/3, relativa all'accesso del pubblico ai documenti della Banca centrale europea, prevede proprio che: «per tutelare l'efficacia del processo decisionale, comprese le consultazioni e le attività preparatorie interne, le riunioni degli organi decisionali della BCE sono riservate, a meno che l'organo competente decida di rendere pubblico il risultato delle loro delibere». La scelta della BCE, quindi, è indice di un approccio proattivo dell'istituzione, che si snoda attraverso la sottoposizione spontanea della sua attività ad un regime (almeno embrionale) di trasparenza "attiva".

accesso del pubblico ai documenti in possesso delle istituzioni, degli organi e degli organismi europei, riprendendo il testo dell'art. 15, par. 3, co. 1, TFUE.

Inoltre, occorre tenere in considerazione che nel Preambolo della Carta si afferma: «l'Unione si basa sul principio della democrazia e sul principio dello stato di diritto». Tali principi sono resi operativi anche attraverso il principio di trasparenza, di cui l'accesso ai documenti, come più volte ricordato, costituisce componente essenziale.

La codificazione del diritto di accesso nell'ambito della Carta comporta la sua consacrazione come diritto fondamentale all'interno di un catalogo che, in forza del nuovo art. 6, par. 1, TUE introdotto dal Trattato di Lisbona, ha finalmente acquisito valore giuridico vincolante, parificato a quello dei Trattati, uscendo così «dal limbo della soft law»³⁸.

Può pertanto ritenersi definitivamente superato il dibattito che per lungo tempo ha interessato sia la giurisprudenza europea, sia la dottrina in merito alla natura giuridica del diritto di accesso e si può apprezzare l'importanza ed il significato del suo approdo.

Come si è avuto modo di osservare in precedenza, infatti, il diritto di accesso nasce e si sviluppa in origine tramite un «*self-regulatory approach*»³⁹, ossia come

³⁸ L. S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? Rango, primato ed effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Dir. Un. eur.*, 2016, p. 329. In sostanza, la Carta resta una «fonte esterna al Trattato, ma comunque interna al sistema», p. 329. Il tema della efficacia giuridica della Carta è stato oggetto di ampio studio in dottrina. Si v., con riferimento alla situazione *post* Lisbona, senza pretesa di esaustività: S. PEERS, *The Rebirth of the Eu's Charter of Fundamental Rights*, in *CYELS*, 2010-2011, p. 283 ss.; G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrech, Heidelberg, London, New York, 2011; A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de Justice: un premier bilan*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 1 ss.; G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 837 ss.; S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *CMLRev*, 2012, p. 1565 ss.; T. VON DANWITZ, K. PARASCHAS, *A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights*, in *Fordham Int. Law Journal*, 2012, p. 1396 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013.

³⁹ D. M. CURTIN, *Citizens' fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?*, cit., p. 12, ove l'A. descrive chiaramente tale fenomeno, affermando che: «the principle of public access has at most been viewed as a voluntarily assumed specific principle of administrative law which has gradually, through the medium of case law, acquired some procedural flesh and substance. That flesh and substance has not been in terms of an elaboration on the nature of the principle itself or its putative primordial status within the relevant legal hierarchy, but rather has assumed the form of judicial elaboration of the correct

strumento di auto-regolamentazione delle istituzioni. Per conseguenza, la sua portata ed i suoi limiti, nonché la sua azionabilità, dipendevano inizialmente dalle condizioni stabilite da ciascuna istituzione per garantire l'accesso e per individuare le eccezioni alla divulgazione dei documenti. In tale circostanza, ossia «in assenza di una regolamentazione generale sul diritto d'accesso del pubblico ai documenti in possesso delle istituzioni comunitarie emanata dal legislatore comunitario», secondo le prime pronunce del giudice dell'Unione in materia, spettava alle istituzioni «adottare, in forza del loro potere di organizzazione interna, i provvedimenti necessari all'esame — e alla definizione — delle richieste di accesso ai documenti in modo confacente agli interessi di un buon andamento dell'amministrazione». Detti provvedimenti, «aventi ad oggetto il disbrigo delle richieste di tal genere», per quanto in grado di esplicare effetti giuridici nei confronti dei terzi, risultavano comunque qualificabili, secondo il giudice dell'Unione, come meri provvedimenti «di carattere interno», assunti in forza dei poteri di auto-organizzazione, che legittimano le istituzioni «ad adottare provvedimenti adeguati a garantire il loro funzionamento interno nell'interesse del buon andamento dell'amministrazione»⁴⁰.

procedure to be followed once certain institutions have assumed a specific obligation in that regard».

⁴⁰ Corte giust., 30 aprile 1996, causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio*, pt. da 37 a 41 e Trib. 5 marzo 1997, causa T-105/95, *WWF UK c. Commissione*, pt. 54. Si vedano, negli stessi termini, anche Trib. 6 febbraio 1998, causa T-124/96, *Interporc Im-und Export c. Commissione (Interporc I)*, pt. 46-47 e 19 marzo 1998, causa T-83/96, *van der Wal c. Commissione*, pt. 41. Si v. anche la prima sentenza in materia di accesso ai documenti: Trib. 19 ottobre 1995, causa T-194/94, *Carvel e Guardian Newspaper c. Consiglio*, pt. 62, ove si afferma che la decisione 93/731 del Consiglio «rappresenta l'ultima di tre misure adottate durante il mese di dicembre del 1993, le quali contengono disposizioni concernenti l'attuazione del principio della trasparenza [...]. Fra tali misure, essa è l'unica di carattere legislativo che riguardi l'accesso del pubblico ai documenti. Ne discende che la decisione 93/731 è il solo provvedimento che disciplini il diritto d'accesso dei cittadini ai documenti, mentre il regolamento interno regola i meccanismi di funzionamento interno del Consiglio». Per un commento alle sentenze citate ed una panoramica sulle diverse letture avanzate in dottrina, si vedano: K. A. ARMSTRONG, *Citizenship of the Union? Lessons from Carvel and The Guardian*, in *Modern Law Rev.*, 1996, p. 582 ss.; E. CHITI, *Further Developments of Access to Community Information: Kingdom of the Netherlands c. Council of the European Union*, in *Eur. Public Law*, 1996, p. 563 ss.; S. DE BELLIS, *L'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, p. 803 ss. e spec. p. 811 ss.; L. LIMBERTI, *La natura giuridica del diritto d'accesso resta "sospesa" tra principio democratico e poteri di autoorganizzazione delle istituzioni comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 1230 ss.; A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 446 ss.; M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Lineamenti sul diritto di accesso ai documenti amministrativi nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 705 ss.; F. LAFAY, *L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1997, p. 37 ss.; F. BELAICH, *Les obligations de la Commission*

In sostanza, l'accesso non poteva essere qualificato come un vero e proprio diritto⁴¹, né come espressione di un principio generale del sistema, ma, al più, come diritto «*in via di affermazione progressiva nell'ordinamento comunitario*»⁴².

Negli anni a seguire, in effetti, la prassi delle istituzioni denotava un graduale riconoscimento del diritto di accesso da parte di numerosi enti europei (si pensi al Parlamento europeo, alla Banca europea per gli Investimenti, alla Banca centrale europea, alla Corte dei conti, al Comitato economico e sociale ed al Comitato delle regioni), i quali si erano progressivamente dotati, come già ricordato *supra*⁴³, di una normativa in materia, attraverso atti di autoregolamentazione interna.

Un processo parallelo si era verificato anche nella maggior parte degli ordinamenti interni degli Stati membri, in forza dell'adozione di specifiche

en matière de transparence: à propos de l'arrêt WWF UK (World Wide Fund for Nature) contre Commission des Communautés européennes, in *Rev. Marché Commun Un. eur.*, 1998, p. 710 ss.; E. CHITI, *Annotation to WWF UK (World Wide Fund for Nature) v. EC Commission*, in *CMLRev*, 1998, p. 189 ss.; U. ÖBERG, *Public Access to Documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: Much Ado About Nothing?*, cit., p. 3; I. OSTERDAHL, *Case T-124/96, Interporc Im- und Export GmbH v. Commission, Judgment of 6 February 1998*, [1998] ECR II-0231; *Case T-83/96, Gerard van der Wal v. Commission, Judgment of 19 March 1998*, [1998] ECR II-0545; *Case T-174/95, Svenska Journalistförbundet v. Council of the European Union, Judgment of 17 June 1998*, [1998] ECR II-2289, in *CMLRev*, 1998, p. 1033 ss.; H. RAGNEMALM, *Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires*, cit., p. 823: «une institution communautaire ne peut pas légiférer sur une question aussi fondamentale que le contenu d'un droit général d'accès des citoyens aux documents qu'elle détient, en se fondant sur un article du traité [allora art. 207 TCE] qui lui donne uniquement le pouvoir d'arrêter son règlement intérieur»; A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, cit., spec. pp. 448-449.

⁴¹ Sul punto v. C. MORVIDUCCI, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, cit., p. 675; A. ODDENINO, *Osservazioni in tema di effettività dell'accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2000, p. 1653 e spec. p. 1656, ove l'A. rileva che «le prime emanazioni del diritto di accesso ci attestano come esso sorga per così dire da una graziosa concessione da parte delle istituzioni [...] dalla volontaria autolimitazione delle istituzioni».

⁴² L'osservazione è di A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, pp. 45-46. Cfr. anche Corte giust. 30 aprile 1996, causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio*, pt. 36, ove si riconosce una «affermazione graduale del diritto di accesso dei singoli ai documenti in possesso delle autorità pubbliche».

⁴³ Per i riferimenti specifici in relazione a ciascuna istituzione, organo, organismo dell'Unione si v. le precedenti note n. 24 e n. 25.

discipline che sancivano in modo generale, a livello costituzionale o legislativo, il diritto di accesso del pubblico ai documenti⁴⁴.

Anche la giurisprudenza successiva alle prime e più risalenti sentenze in materia di trasparenza, sebbene in modo ancora piuttosto incerto ed incostante, era parsa maggiormente propensa ad elevare il diritto di accesso al rango di principio generale dell'ordinamento⁴⁵.

Ne deriva che in dottrina taluno ha sostenuto la configurabilità, già nella situazione di fatto e di diritto precedente al Trattato di Amsterdam ed alla prima

⁴⁴ Si vedano le conclusioni presentate in data 10 luglio 2001 dall'avvocato generale Léger nella causa C-353/99 P, *Consiglio c. Hautala (Hautala II)*, pt. 54 ss.: «la regolamentazione interna della maggioranza degli Stati membri sancisce ormai in modo generale, quale principio costituzionale o legislativo, il diritto di accesso del pubblico ai documenti in possesso delle autorità pubbliche, riflette il vigore e l'attualità di tale diritto. Dal 1996, numerosi Stati membri hanno peraltro modificato la loro legislazione interna in materia di diritto di accesso ai documenti, mentre regressi risultano solo in via sporadica e limitata. [...] È importante sottolineare tale convergenza dei diritti nazionali, in quanto essa costituisce, a mio parere, un motivo determinante nel riconoscimento dell'esistenza di un principio fondamentale del diritto di accesso all'informazione in possesso delle istituzioni comunitarie. [...] Tredici dei quindici Stati membri conoscono una norma generale che prevede un diritto per il pubblico di accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione. In nove di questi tredici Stati, il diritto di accesso appare come un diritto fondamentale, «principio» di valore costituzionale o un diritto dotato di un fondamento costituzionale, sebbene di valore legislativo. Negli altri quattro Stati membri, tale diritto trae la sua origine in una o più leggi. Tali norme nazionali, i cui regimi giuridici corrispondenti non hanno necessariamente un contenuto omogeneo, rispecchiano tuttavia una concezione comune della maggioranza degli Stati membri [...] mi sembra naturale riconoscere che esiste un principio di accesso all'informazione in possesso delle autorità pubbliche nazionali e che tale principio può ispirare un principio analogo sul piano comunitario». In dottrina si vedano P. LEINO, *Case annotation of Case C-353/99 Council v. Heidi Hautala*, in *CMLRev*, 2002, p. 621 ss. e spec. pp. 622-623 e p. 630; M. MAES, *L'accès du public aux documents des Institutions de la Communauté européenne: vers une révision du règlement (CE) 1049/2001*, in *Rev. droit Un. eur.*, 2007, p. 411 ss. e spec. p. 421. Sul contributo determinante dei Paesi del Nord Europa, maggiormente propensi a dotarsi di legislazioni particolarmente avanzate in tema di accesso del pubblico ai documenti in possesso delle istituzioni sin da tempi molto risalenti (si pensi, ad esempio, che in Svezia il diritto di accesso è stato sancito nella Costituzione fin dal 1766), si v. I. OSTERDAHL, *Openness v. Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union*, in *Eur. Law Rev.*, 1998, p. 336 ss.; H. RAGNEMALM, *Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires*, cit., p. 812 ss.; R. W. DAVIS, *Public access to community documents: a fundamental human right?*, in *EIOP*, 1999, vol. III, n. 8, p. 1 ss.; H. KRANENBORG, W. VOERMANS, *Access to information in the European Union: A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Groningen, 2005.

⁴⁵ Lo osserva A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, cit., p. 450.

proclamazione della Carta, di un principio generale⁴⁶ o, comunque, di un diritto *procedurale* fondamentale⁴⁷ di accesso ai documenti.

Tuttavia, da un'analisi puntuale e sistematica delle pronunce della Corte e del Tribunale, pur potendosi osservare, come si diceva poc'anzi, in talune sentenze e soprattutto nelle conclusioni degli avvocati generali⁴⁸, alcune soluzioni in senso maggiormente favorevole al riconoscimento del diritto di accesso quale principio

⁴⁶ M. O'NEILL, *The right of access to Community-held documentation as a general principle of EC law*, in *Eur. Public Law*, 1998, p. 403 ss.; J. A. USHER, *General Principles of EC law*, Edinburgh, 1998; C. MORVIDUCCI, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, cit., p. 699. *Contra*, ad esempio, E. M. BARENDT, *Fundamental Freedoms*, in W. KORTHALS ALTES, E. DOMMERING, B. HUGENHOLTZ, J. J. C. KABEL (eds.), *Information Law towards the 21st century*, Deventer/Boston, 1992, p. 13 ss. e spec. p. 21; J. J. C. KABEL, *Public and Private Relationships: Introduction*, *ibidem*, p. 164 ss.; P. PALLARO, *Il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea, tra novità giurisprudenziali e proposte legislative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1313 e spec. p. 1315, ove l'A. osserva che la Corte di giustizia ed il Tribunale, pur avendo accolto interpretazioni spesso favorevoli ai richiedenti accesso, «non sono però giunti formalmente all'elaborazione di un nuovo "principio di diritto comunitario di rango superiore"». Per una panoramica delle diverse posizioni in dottrina si v. M. E. DE LEEUW, *Case C-41/00 P, Interporc Im- und Export GmbH v. Commission of the European Communities, judgment of 6 March 2003*, [2003] ECR I-02125; *Case T-76/02, Mara Messina v. Commission of the European Communities, judgment of 17 September 2003*, nyr; *Case T-47/01, Co-Frutta Soc. Coop. Rl v. Commission of the European Communities, judgment of 16 October 2003*, nyr, in *CMLRev*, 2004, p. 261 ss. e spec. p. 267 ss.

⁴⁷ Si v. D. M. CURTIN, *Citizens' fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?*, cit., p. 14.

⁴⁸ Si vedano le conclusioni presentate in data 10 luglio 2001 dall'avvocato generale Léger nella causa C-353/99 P, *Consiglio c. Hautala (Hautala II)*, che, pur incentrandosi sull'importanza dell'introduzione degli artt. 255 TCE e 42 Carta ai fini del riconoscimento di un diritto fondamentale di accesso ai documenti, sostiene al pt. 76 che: «l'antiorità del principio rispetto alla sua introduzione nel Trattato risultava già dalla giurisprudenza del Tribunale. A suo parere, la dichiarazione n. 17 e il codice di condotta sanciscono il principio generale secondo il quale il pubblico avrà il più ampio accesso possibile ai documenti di cui dispongono la Commissione e il Consiglio. Il Tribunale aveva chiaramente indicato che la decisione 93/731 ha lo scopo di attuare il principio del più ampio accesso possibile dei cittadini all'informazione, al fine di rafforzare il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nell'amministrazione» [corsivo aggiunto]. Ne discende che, a parere dell'avvocato generale, «la qualifica di diritto fondamentale attribuita al diritto di accesso ai documenti [con l'introduzione dell'art. 42 Carta] costituisce una fase supplementare nell'opera di riconoscimento e di gerarchizzazione di tale principio nell'ordinamento giuridico comunitario» (pt. 79).

generale dell'ordinamento (casi *Svenska Journalistförbundet*⁴⁹ e *Hautala*⁵⁰), tali pronunce non si inseriscono entro una linea interpretativa univoca e consolidata, essendo spesso contraddette da decisioni in controtendenza (casi *Interporc II e III*⁵¹, *Bonaiti Brighina*⁵²) o comunque più prudenti (caso *JT's Corporation*⁵³), cui si

⁴⁹ Trib. 17 giugno 1998, causa T-174/95, *Svenska Journalistförbundet c. Consiglio*, pt. 66: «la decisione 93/731 [del Consiglio, adottata in attuazione del codice di condotta] ha lo scopo di attuare il principio del più ampio accesso possibile dei cittadini all'informazione, al fine di rafforzare il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nell'amministrazione» e pt. 110: «nell'art. 4 di questa decisione compaiono due categorie di eccezioni al principio generale dell'accesso dei cittadini ai documenti del Consiglio. Queste eccezioni devono essere interpretate ed applicate restrittivamente, al fine di non privare di efficacia concreta l'applicazione del *principio generale sancito da questa decisione*» [corsivo aggiunto].

⁵⁰ Trib. 19 luglio 1999, causa T-14/98, *Hautala c. Consiglio (Hautala I)*, pt. 87, in cui il giudice ritiene che l'interpretazione delle eccezioni al diritto di accesso vada effettuata «alla luce del principio del diritto all'informazione e del principio di proporzionalità». Diversi commentatori hanno visto, nella menzione espressa del principio del diritto all'informazione e nella circostanza che esso sia stato posto sullo stesso piano del principio di proporzionalità – senz'altro configurabile quale principio generale dell'ordinamento europeo – una certa apertura del giudice verso il riconoscimento del diritto di accesso come un principio generale: U. ÖBERG, *EU Citizens' Right to Know: The Improbable Adoption of a European Freedom of Information Act*, in *CYELS*, vol. 2, 1999, p. 303 ss. e spec. p. 315-316; M. P. BROBERG, *Access to Documents: A General Principle of Community Law?*, cit., p. 201 ss.; A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, cit., p. 450; R. CARANTA, *Il diritto di accesso alle informazioni nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 870 ss. e spec. p. 887, ove l'A. parla di decisione «molto coraggiosa».

⁵¹ Di poco successiva alla sentenza *Hautala I*, di cui alla nota precedente, è la pronuncia Trib. 7 dicembre 1999, causa T-92/98, *Interporc c. Commissione (Interporc II)*, pt. 66 ove, con un atteggiamento in controtendenza rispetto ai precedenti citati, viene rimarcata l'assenza di un principio giuridico vincolante e di rango superiore a fondamento delle decisioni adottate dalle istituzioni in attuazione del Codice di condotta (nella specie, la dec. della Commissione 94/90). La sentenza è confermata in grado di appello: Corte giust. 6 marzo 2003, causa C-41/00, *Interporc c. Commissione (Interporc III)*, pt. 43. Nello stesso senso si esprime anche l'avvocato generale Léger nelle conclusioni presentate il 12 marzo 2002 nella sentenza *Interporc III*, par. da 78 a 81. Per due letture differenti della sentenza *Interporc II* si vedano M. P. BROBERG, *Access to Documents: A General Principle of Community Law?*, cit., p. 203 e M. E. DE LEEUW, *Case C-41/00 P, Interporc Im- und Export GmbH v. Commission of the European Communities, judgment of 6 March 2003*, [2003] ECR I-02125; *Case T-76/02, Mara Messina v. Commission of the European Communities, judgment of 17 September 2003*, nyr; *Case T-47/01, Co-Frutta Soc. Coop. Rl v. Commission of the European Communities, judgment of 16 October 2003*, nyr, cit., pp. 269-270.

⁵² Trib. 7 febbraio 2001, causa T-118/99, *Bonaiti Brighina c. Commissione*, pt. 47.

⁵³ Trib. 12 ottobre 2000, causa T-123/99, *JT's Corporation c. Commissione*, pt. 50, ove viene affermato in modo esplicito che il diritto di accesso ai documenti è un diritto fondamentale: «il codice di condotta, il cui testo è allegato alla decisione 94/90, enuncia un diritto fondamentale, vale a dire il diritto dell'accesso ai documenti», ma al successivo pt. 53 viene ribadita l'assenza, al momento dei fatti di causa, di un principio giuridico di rango superiore

affiancano anche sentenze che rappresentano delle “occasioni perdute”, nelle quali il giudice ha evitato di prendere posizione sulla configurabilità o meno del diritto di accesso quale principio generale (casi *Hautala II*⁵⁴, caso *Kuijer*⁵⁵).

Occorre dunque riconoscere che nel diritto vigente prima dell’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, «restava [...] controversa la questione se si fosse in presenza di un siffatto principio o se allo stato il diritto di accesso fosse essenzialmente lo specifico riflesso delle regole di autoorganizzazione che le istituzioni si erano date»⁵⁶.

Con l’avvento del Trattato di Amsterdam e, pochi anni dopo, con la codificazione del diritto di accesso nella Carta di Nizza (sebbene, come vedremo *infra*, in termini meno ampi di quelli attuali), il diritto di accesso ha acquistato maggiore visibilità e, soprattutto, è stato enunciato per la prima volta in forma scritta a livello primario ed inserito in un catalogo di diritti fondamentali, supplendosi così alla perdurante carenza normativa che aveva connotato la situazione precedente.

Tuttavia, il problema del riconoscimento e della gerarchizzazione del diritto di accesso nell’ordinamento giuridico dell’Unione, secondo taluni commentatori, non trovava ancora compiuta definizione, complici, da un lato, il dettato assai limitato dell’art. 255 TCE (ciroscritto a tre sole istituzioni ed operante un rinvio, per l’esercizio del diritto, alla normativa di attuazione da adottare entro 2 anni dall’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam)⁵⁷ e, dall’altro, il carattere non

in materia di accesso ai documenti. Cfr. M. P. BROBERG, *Access to Documents: A General Principle of Community Law?*, cit., p. 203: «reading paragraph 53 of the *JT’s Corporation* judgment in the light of the *Interporc II* judgment thus makes it quite obvious that the CFI did not intend to rule out the possibility that the right of access to documents constitutes a general principle».

⁵⁴ Nella sentenza in grado di appello nel caso *Hautala* (Corte giust. 6 dicembre 2001, causa C-353/99 P, *Consiglio c. Hautala*), come è stato osservato in dottrina, «the Court refrained from discussing whether the CFI was wrong in relying on the existence of the right to information as a general principle. It also refused the open invitation of Advocate General Léger to ground its judgment on fundamental rights arguments, especially the EU Charter of Fundamental Rights, which includes a specific paragraph on access to documents»: P. LEINO, *Case annotation of Case C-353/99 Council v. Heidi Hautala*, cit., p. 629. Si v. anche il commento di C. NAÔMÉ, *The Case-Law of the Court of Justice and of the Court of First Instance of the European Communities on Transparency: From Carvel to Hautala II (1995-2001)*, in V. DECKMYN (ed.), *Increasing Transparency in the European Union*, Maastricht, 2002, p. 147 ss.

⁵⁵ Trib. 6 aprile 2000, causa T-188/98, *Kuijer c. Consiglio*, pt. 61.

⁵⁶ Lo osserva A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, cit., p. 45-46.

⁵⁷ Potendo il diritto di accesso operare solo nei termini definiti dalla normativa di attuazione, la sua portata ed effettività restavano, sino all’adozione del reg. (CE) n. 1049/2001, legate alle scelte effettuate da ciascuna istituzione in forza dei poteri di organizzazione interna. Si v. *amplius* sul punto C. MORVIDUCCI, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, cit., spec. p. 705.

giuridicamente vincolante della Carta⁵⁸. Per altro verso, vi è chi ha visto in questo riconoscimento normativo «*un punto di non ritorno*»⁵⁹ per la configurazione del diritto di accesso come principio generale dell'ordinamento europeo e come diritto fondamentale⁶⁰. Secondo quanto osserva l'avvocato generale nel caso *Hautala*, la «*Carta ha in sé indizi che contribuiscono a rivelare la vera natura delle norme comunitarie di diritto positivo. Nella fattispecie, il nesso tra l'art. 42 della Carta e l'art. 255 CE è attestato dalla nota esplicativa dell'art. 42, la quale precisa che "il diritto garantito a tale articolo è il diritto garantito all'art. 255 del Trattato CE". Non si può affermare meglio di così che, ai sensi della Carta, il diritto dell'art. 255 CE è ormai chiaramente indicato come corrispondente ad un diritto fondamentale*»⁶¹.

Il dibattito sulla natura del diritto di accesso come principio generale e diritto fondamentale dell'individuo può ritenersi definitivamente esaurito con la riforma di Lisbona⁶². Il nuovo Trattato non solo rafforza la base giuridica del diritto di

⁵⁸ In tal senso si v.: C. MUSILLO, *Il diritto di accesso ai documenti nel caso Interporc*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1348 ss.; H. RAGNEMALM, *Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires*, cit., p. 828; R. W. DAVIS, *Public access to community documents: a fundamental human right?*, cit.; R. VICIANO PASTOR, *Publicité et accès aux documents officiels dans les institutions de l'Union européenne avant et après le Traité d'Amsterdam*, cit., p. 679; C. MORVIDUCCI, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, cit., p. 705 e p. 715 ss.; P. PALLARO, *Il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea, tra novità giurisprudenziali e proposte legislative*, cit., p. 1345; P. PESCATORE, *Guest Editorial: Nice – Aftermath*, in *CMLRev*, 2001, p. 265 ss. e spec. p. 267; M. P. BROBERG, *Access to Documents: A General Principle of Community Law?*, cit., pp. 197-198 e 203; S. BRISARD, *Le droit d'accès du public aux documents non publiés des institutions communautaires*, cit., spec. p. 131.

⁵⁹ R. BIFULCO, *Commento all'art. 42*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 300 e M. BOTTINO, *Il diritto di accesso agli atti di causa. Il Caso API*, in *St. int. eur.*, 2011, p. 303 ss. e spec. p. 307.

⁶⁰ A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, cit., p. 45-46, secondo cui il problema viene definitivamente risolto con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, che enuncia direttamente nei trattati il principio di trasparenza ed i diritti ad esso collegati. Nello stesso senso si vedano: J. SODERMAN, *The Role and Impact of the European Ombudsman in Access to Documentation and the Transparency of Decision-Making*, cit., e spec. p. 83; A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, cit., p. 455; C. HILSON, *What's in a right? The relationship between Community, fundamental and citizenship rights in EU law*, in *Eur. Law Rev.*, 2004, p. 636 ss. e spec. p. 648.

⁶¹ Conclusioni presentate in data 10 luglio 2001 dall'avvocato generale Léger nella causa C-353/99 P, *Consiglio c. Hautala (Hautala II)*, pt. 80 ss.

⁶² Cfr. C. AMALFITANO, *L'accesso ai documenti in possesso della Corte di giustizia nell'esercizio delle sue funzioni amministrative*, cit., pp. 772-773. Si vedano anche le considerazioni di J. SCHWARZE, *Access to Documents under European Union*, cit., pp. 343-344, ove, commentando la sentenza Corte giust. 2 ottobre 2014, causa C-127/13 P, *Strack c. Commissione*, l'A. afferma che

accesso nelle norme di livello primario contenute nei Trattati e colloca tale diritto tra i principi generali ordinatori dell'Unione, quale componente operativa del principio di trasparenza, ma conferisce altresì valore vincolante alla Carta e, dunque, agli artt. 41, par. 2, lett. b) e 42 della Carta, che lo enucleano.

3.2 L'art. 42 Carta: i rapporti con la disciplina corrispondente del TFUE e il problema delle deroghe al diritto garantito

Passando all'esame più specifico dei contenuti dei due articoli della Carta rilevanti nella specie, occorre partire dall'art. 42⁶³. La norma prevede che: «ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto».

Il diritto è stato inserito nella Carta di Nizza riprendendolo dalla previsione dell'art. 255 TCE e quindi la norma della Carta originariamente recitava: «qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione». In occasione della seconda proclamazione della Carta, avvenuta a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (ossia il giorno prima della sottoscrizione del Trattato di Lisbona), l'art. 42 è stato oggetto di una revisione tendente ad uniformarlo al nuovo testo dell'art. 15, par. 3, co. 1, TFUE, introdotto dalla riforma di Lisbona. L'art. 42 Carta è stato in sostanza emendato al fine di assicurarne la corrispondenza con la norma pattizia, sostituendo alle parole «documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione» il seguente

gli standard di trasparenza imposti dal giudice europeo alla Commissione nel caso di specie «may not to be derived from the wording of the respective Regulation 1049/2001, but they follow from general principles of European administrative law».

⁶³ Per un esame della norma si vedano: R. BIFULCO, *Commento all'art. 42*, cit., p. 293 ss.; L. FERRARI BRAVO, F. M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001, p. 162 ss.; M. PANEBIANCO (dir.), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001, p. 397 ss.; C. SABATINO, *Cittadinanza e autorità pubblica. Diritto di accesso ai documenti*, in P. GIANNITI (a cura di), *Diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2013, p. 1323 ss.; D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, cit., p. 1099 ss.

enunciato: «*documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto*»⁶⁴.

I testi dei due articoli – 42 Carta e 15, par. 3, co. 1, TFUE – risultano dunque sostanzialmente sovrapponibili quanto alla formulazione del diritto. Quel che cambia è che, mentre nella Carta il diritto è enunciato in termini assoluti⁶⁵, nel TFUE si prevede che esso venga esercitato «*secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo*», ossia tenendo conto delle limitazioni introdotte dalla legislazione di diritto derivato in applicazione dei Trattati.

Tale divergenza – e dunque l'(apparente) assenza di limitazioni nella enunciazione dell'art. 42 Carta – non deve indurre in errore, portando a ritenere che il diritto di accesso sia concepito nella Carta come diritto assoluto⁶⁶. In realtà, il vuoto normativo è “recuperato” tramite l'applicazione della clausola limitativa di cui all'art. 52, par. 2, Carta, che recita: «*i diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti*»⁶⁷. Questa norma fa riferimento, secondo quanto indicato nelle Spiegazioni

⁶⁴ L'ulteriore emendamento consiste nella sostituzione dell'aggettivo “*qualsiasi*” riferito ai cittadini ed alle persone fisiche e giuridiche residenti nel territorio dell'Unione con l'aggettivo, sostanzialmente equiparabile, “*ogni*”. Per alcune differenze ulteriori nel testo inglese della Carta e del Trattato si v. D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, cit., p. 1106, nota 36.

⁶⁵ Si noti che una prima versione dell'articolo, presentata nella Nota del Presidium del 24 febbraio 2000 conteneva il rimando espresso alle limitazioni del diritto previste nel Trattato: «*questo diritto si esercita alle condizioni previste dall'articolo 255 del trattato che istituisce la Comunità europea*». Nelle successive riunioni del Presidium il rimando venne eliminato e fu ritenuta sufficiente la clausola generale di limitazione di cui all'art. 52 Carta. Sul punto si v. M. PANEBIANCO (dir.), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 398.

⁶⁶ Secondo autorevole dottrina, i diritti assoluti, ossia i diritto che non possono essere in alcun modo limitati, sono un insieme di norme contenute nel Titolo I della Carta, tra cui il diritto alla vita, la proibizione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti. Si v. K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2012, p. 375 ss. e spec. p. 388. Cfr. anche S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, cit., p. 1455 ss. e spec. p. 1462 e giurisprudenza citata alla nota 16 e pp. 1469-1470.

⁶⁷ Sull'applicabilità dell'art. 52, par. 2, Carta ai diritti che hanno una diretta e principale corrispondenza con i diritti contemplati nei Trattati si v. T. GROPPPI, *Commento all'art. 52*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 351 ss. e spec. p. 356.; P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 127 ss. e spec. p. 132; P. MORI, *La “qualità” della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, p. 243 ss.

della Carta⁶⁸, a diritti che erano già espressamente garantiti nel TCE (art. 255 TCE), che sono stati poi riconosciuti anche nella Carta (art. 42) e che ora figurano nei Trattati (art. 15 TFUE). La norma chiarisce che tali diritti restano soggetti alle condizioni ed ai limiti applicabili al diritto dell'Unione su cui si fondano e che sono fissati nei Trattati⁶⁹.

Si tratta, dunque, di ipotesi in cui la Carta non “riafferma” diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, o dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo – come indicato nello stesso Preambolo – bensì diritti derivanti dai Trattati (similmente accade, ad esempio, per l'articolo 44 Carta, che coincide con gli artt. 20 e 227 TFUE e per l'articolo 45 Carta, che coincide con l'articolo 21 TFUE).

Ne consegue che, nel caso del diritto di accesso, l'art. 42 Carta deve essere letto ed inquadrato, anche al fine di individuare le deroghe e le limitazioni al diritto, «*nel contesto normativo di riferimento*»⁷⁰, che è appunto costituito dalla corrispondente previsione del Trattato – ossia dall'art. 15, par. 3, TFUE – la quale a sua volta rimanda al diritto secondario⁷¹ per la precisazione delle condizioni e restrizioni all'esercizio del diritto. In altre parole, il diritto enunciato nell'art. 42 Carta deve essere ricostruito sulla base della norma del Trattato FUE sulla quale oggi si fonda (anziché sul principio generale dell'accesso del pubblico ai

⁶⁸ Le Spiegazioni relative alla Carta, conformemente all'art. 6, par. 1, co. 3, TUE e all'art. 52, par. 7, Carta, devono essere prese in considerazione ai fini della sua interpretazione. Sulle Spiegazioni della Carta si v. in dottrina: J. ZILLER, *Le fabuleux destin des “Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne”*, in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 765 ss.; J.-P. JACQUÉ, *The explanations relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, cit., p. 1715 ss.

⁶⁹ Ciò in quanto «la Carta non modifica il sistema dei diritti accordati dal trattato CE e ripresi nei trattati»: Spiegazione relativa all'art. 52 della Carta. Si noti che l'applicabilità della clausola limitativa all'art. 42 Carta, pur operando in senso orizzontale sui diritti enucleati nella Carta, è stata comunque espressamente richiamata nella Spiegazione relativa all'art. 42 della Carta.

⁷⁰ P. MORI, *La “qualità” della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 245.

⁷¹ Si tratta essenzialmente del reg. (CE) n. 1049/2001, cui si affiancano le regole di procedura interne di istituzioni, organi, organismi europei ed alcuni regolamenti relativi a specifici settori (tra cui il reg. (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 settembre 2006, relativo all'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, in *GUUE*, L 264 del 25 settembre 2006, p. 13 ss.).

documenti desunto dalla giurisprudenza), in quanto l'osservanza del diritto sancito nella Carta coincide con l'osservanza del diritto sancito nel Trattato⁷².

Pertanto, nell'ipotesi dell'art. 42, la Carta non costituisce "riaffermazione" del principio generale di accesso ai documenti, in quanto il fondamento del diritto si rinviene nei Trattati, anziché nel diritto non scritto. Per conseguenza, il riconoscimento del diritto di accesso nella Carta non è suscettibile di attribuire ad esso un rango ed una intensità precettiva superiore ai Trattati⁷³, in quanto ci troviamo dinanzi ad un caso in cui la Carta non modifica il sistema dei diritti accordati dai Trattati. Sembra anzi prospettabile proprio una sorta di gerarchia inversa tra la Carta ed il Trattato⁷⁴.

Ci si può allora domandare quale sia il reale valore aggiunto dell'art. 42 Carta rispetto all'art. 15, par. 3, TFUE, se cioè la norma della Carta costituisca «*merely a*

⁷² Così osserva l'avvocato generale Sharpston nelle conclusioni presentate il 13 novembre 2013 nella causa C-390/12, *Pfleger e a.*, pt. 63, con riferimento all'art. 15, par. 2, Carta.

⁷³ Per la teoria secondo cui la Carta nella misura in cui esprima principi generali dell'ordinamento europeo, deve ritenersi dotata di rango costituzionale, superiore a quello dei Trattati, si v.: A. TIZZANO, *L'application de la Charte des droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, p. 429 e spec. p. 430; L. S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? Rango, primato ed effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cit., p. 329. Cfr. anche R. BIFULCO, *Commento all'art. 41*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 284 ss. e spec. p. 287; T. TRIDIMAS, *General Principles of EU Law*, 2° ed., Oxford, 2007. Si tenga presente che l'espressione "natura costituzionale" della Carta è utilizzata in dottrina con accezioni spesso non sempre sovrapponibili. Si v. C. MUSILO, *Il diritto di accesso ai documenti nel caso Interporc*, cit., secondo cui le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam «costituzionalizzano il diritto di accesso ai documenti». Tuttavia, «sebbene tali emendamenti contengano importanti novità in tema di trasparenza, esse sembrano [...] non modificare sostanzialmente i termini del problema», con la conseguenza che: «la costituzionalizzazione del diritto di accesso sembra dunque apparire quale il raggiungimento di un obiettivo importante, ma intermedio, l'inizio più che la fine di un lungo cammino», p. 1361; A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, cit., p. 455; J. SCHWARZE, *Access to Documents under European Union*, cit., p. 336. In taluni casi, viene impiegata l'espressione "costituzionalizzazione della Carta", facendo riferimento all'attribuzione alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati tramite l'introduzione del nuovo art. 6, par. 1, TUE, con la riforma di Lisbona. Si v. in tal senso, ad esempio, P. MORI, *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea. Il diritto primario*, Torino, 2010, p. 167 ss.

⁷⁴ Commentando un'ipotesi simile di sovrapposizione, costituita dagli articoli 45 Carta e 21 TFUE, L. S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? Rango, primato ed effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cit., p. 332, osserva che: «viene dunque in tal modo fissata una sorta di subordinazione della Carta al Trattato».

neutral confirmation»⁷⁵ della norma pattizia o se, al contrario, essa apporti un contributo autonomo per il fatto di riconoscere il diritto di accesso alla stregua di un diritto fondamentale.

La risposta sembra essere nel senso che l'inserimento dell'art. 42 nella Carta serve a nulla o a poco, essendo la norma essenzialmente ricognitiva della disposizione del Trattato FUE e sottoposta allo *specifico* regime di limitazioni previsto dall'art. 52, par. 2, Carta per i diritti della Carta che si fondano su corrispondenti previsioni dei Trattati⁷⁶.

Tuttavia, in una diversa prospettiva, se si prende in considerazione il regime di condizioni e restrizioni poste al diritto di accesso per il tramite della legislazione secondaria (cui fa riferimento l'art. 15, par. 3, TFUE), appare difficile ritenere che tale regime non debba risultare conforme all'art. 52, par. 1, Carta. La norma prevede le condizioni che consentono di stabilire restrizioni ai diritti fondamentali, affermando che: «*eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*». Nel contesto della Carta, tale disposizione fissa la regola del rispetto del contenuto essenziale dei diritti in essa riconosciuti ed opera, quindi, «*come un limite ultimo e invalicabile di qualsiasi possibile limitazione all'esercizio di tali diritti, come "un limite dei limiti"*»⁷⁷.

In altre parole, la sottoposizione del diritto di accesso previsto all'art. 42 Carta al regime *speciale* di cui all'art. 52, par. 2, Carta non dovrebbe pregiudicare la possibilità di procedere ad una valutazione di conformità alla clausola *generale* di cui all'art. 52, par. 1, Carta delle restrizioni al diritto poste dalla normativa derivata in applicazione del Trattato TFUE, onde verificare che esse, pur limitando il diritto nel suo contenuto, non lo rendano «*irricoscibile come tale*»⁷⁸.

⁷⁵ L'espressione è di K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, A "Bill of Rights" for the European Union, in *CMLRev*, 2001, p. 273 ss. e spec. p. 282.

⁷⁶ In tal senso conclude D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, cit., pp. 1106-1107.

⁷⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Villalón presentate in data 4 giugno 2015 nella causa C-650/13, *Delvigne*, pt. 115 e dottrina richiamata alla nota 33.

⁷⁸ Si vedano le già citate conclusioni dell'avvocato generale Villalón nella causa C-650/13, *Delvigne*, pt. 115.

Ne deriverebbe, quindi, una sottoposizione dell'art. 42 Carta almeno "indiretta" (ossia per il tramite della verifica della normativa derivata che disciplina il diritto di accesso) alle garanzie offerte dall'art. 52, par. 1, Carta.

Un recente esempio in tal senso è offerto dalla sentenza resa nel caso *Delvigne*⁷⁹, che porta al vaglio della Corte la questione della compatibilità della normativa francese sull'interdizione al diritto di voto con il diritto riconosciuto dall'art. 39 Carta. Occupandosi del secondo paragrafo dell'art. 39 Carta, la Corte afferma che la norma rappresenta l'espressione nella Carta del diritto di voto dei cittadini dell'Unione alle elezioni del Parlamento europeo riconosciuto nell'art. 14, par. 3, TUE. Tale corrispondenza fra il diritto riconosciuto nel Trattato ed il diritto riconosciuto nella Carta non impedisce alla Corte, una volta rilevato che l'interdizione dal diritto di voto prevista dalla normativa francese rappresenta un limite all'esercizio del diritto, di verificare se esso risulti o meno compatibile alla luce dei criteri enucleati nell'art. 52, par. 1, Carta.

Poco più di un mese dopo la sentenza *Delvigne*, anche il Tribunale ha contribuito a fare ulteriore chiarezza sulla questione, riconoscendo espressamente l'applicabilità dei parametri dell'art. 52, par. 1, anche all'art. 42 Carta e precisando che: «*le principe général du droit d'accès du public aux documents des institutions énoncé à l'article 42 de la charte des droits fondamentaux peut être limité, conformément à l'article 52, paragraphe 1, de cette charte, si cette limitation est nécessaire et répond effectivement à des objectifs d'intérêt général ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui, et à condition que cette limitation soit prévue par la loi et respecte le contenu essentiel de ce droit. L'article 15, paragraphe 3, TFUE prévoit d'ailleurs expressément la fixation de limites à ce droit d'accès, pour des raisons d'intérêt public ou privé*»⁸⁰.

Ad ogni modo, anche a voler propendere in favore dell'inapplicabilità dell'art. 52, par. 1, Carta (in quanto derogato dalla norma speciale di cui al successivo par. 2)⁸¹, occorrerebbe comunque tenere in considerazione il fatto che i parametri in esso indicati si ispirano alla giurisprudenza della Corte di

⁷⁹ Corte giust. 6 ottobre 2015, causa C-650/13, *Delvigne*, pt. 40-52.

⁸⁰ Da ciò traendo l'impossibilità, per il ricorrente, di basarsi sul principio generale di trasparenza di cui all'art. 42 Carta per giustificare l'applicazione in via esclusiva delle disposizioni del reg. (CE) n. 1049/2001 a scapito di una regolamentazione speciale (art. 6 allegato III dello Statuto dei funzionari dell'Unione europea): Trib. 12 novembre 2015, cause riunite T-515/14 P e T-516/14 P, *Alexandrou c. Commissione*, pt. 72.

⁸¹ In tal senso: T. GROPPI, *Commento all'art. 52*, cit., p. 358; D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, cit., p. 1107.

giustizia⁸², sicché la loro rilevanza nel caso di specie potrebbe essere garantita comunque in via pretoria (pur avendo in tal caso il giudice, a fronte di parametri non scritti, una maggiore discrezionalità in sede di controllo di conformità).

Inoltre, come osservava l'avvocato generale Léger già nel sistema precedente alla riforma di Lisbona, la circostanza che il diritto di accesso previsto nella Carta sia soggetto a condizioni e limiti previsti *aliunde* «non deve indurci ad ignorare il carattere fondamentale di tale diritto, così come affermato dagli Stati membri dell'Unione al momento di iscriverlo nella Carta. L'art. 42 della Carta, anziché sancire esso stesso un diritto positivo gli attribuisce una qualità che deve guidare la sua interpretazione»⁸³. In sostanza, come osserva attenta dottrina, la possibilità di ricondurre inequivocabilmente il diritto di accesso nel novero dei diritti fondamentali sanciti nella Carta significa «definire un rigoroso criterio alla stregua del quale interpretare le norme che danno ad esso attuazione e, se del caso, valutare la loro legittimità»⁸⁴. La Carta, dunque, rappresenta un parametro di interpretazione e di legalità *aggiuntivo* rispetto ai Trattati.

Un'ultima annotazione sulla norma in commento riguarda il fatto che l'art. 42 – al pari dell'art. 15, par. 3, TFUE – non menziona gli Stati membri quali soggetti passivi dell'obbligo di divulgazione, in quanto la norma è formulata con esclusivo riferimento ad istituzioni, organi ed organismi dell'Unione. E' stata sostenuta, tuttavia, l'applicabilità di tale diritto fondamentale anche agli ordinamenti degli Stati membri, nell'attuazione del diritto (derivato) dell'Unione, prospettando l'operatività del più ampio principio generale dell'accesso del pubblico ai documenti «*al di fuori e "oltre" la Carta*»⁸⁵.

⁸² Cfr., ad esempio, Corte giust. 11 luglio 1989, causa 265/87, *Schräder HS Kraftfutter*; 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*; 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alasini e a.*

⁸³ Conclusioni dell'avvocato generale Léger presentate in data 10 luglio 2001, nella causa C-353/99 P, *Consiglio c. Hautala (Hautala II)*, pt. 85-86.

⁸⁴ Così osservava, già prima della riforma di Lisbona, A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, cit., p. 446 e 484 e ID., *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2004, p. 192.

⁸⁵ V. *amplius* per questa tesi: M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 71 e spec. p. 89. Una simile conclusione è stata prospettata anche con riferimento al diritto ad una buona amministrazione sancito all'art. 41 Carta: D.-U. GALETTA, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 133 ss.; H. C. H. HOFMANN, B. C. MIHAESCU, *The Relation between the Charter's*

Ad ogni modo, si evidenzia che il reg. (CE) n. 1049/2001 prevede, oltre ad un richiamo generale alla clausola di leale cooperazione in virtù della quale gli Stati membri «dovranno fare in modo di non pregiudicare la corretta applicazione del regolamento» (considerando n. 15), anche specifiche obbligazioni proprio in capo ad essi (cfr. art. 4, par. 5, art. 5, art. 9 par. 1 e par. 5, art. 14 par. 2). In particolare, merita di essere evidenziata la regola, prevista all'art. 4, par. 5, secondo cui i documenti provenienti dagli Stati membri possono essere divulgati a terzi solo dietro «previo accordo» dello Stato⁸⁶.

Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2013, p. 73 ss.; A. ADINOLFI, *La «politica comune dell'immigrazione» a cinque anni dal Trattato di Lisbona: linee di sviluppo e questioni aperte*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 3 e spec. pp. 15-16; C. AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2016, p. 21 ss. e spec. p. 48 ss.

⁸⁶ Il reg. (CE) n. 1049/2001 supera la regola dell'autore, che era stata stabilita nel previgente sistema (decisioni 93/731 del Consiglio e 94/90 della Commissione e Codice di condotta), in forza della quale il diritto di accesso non trovava applicazione al caso di documenti trasmessi alle istituzioni da soggetti terzi. In sostanza, nel caso in cui l'autore di un documento detenuto da un'istituzione fosse stato uno Stato membro, un'altra istituzione o una persona fisica o giuridica o organismo nazionale/internazionale, era necessario rivolgere la domanda di accesso direttamente all'autore del documento richiesto. Tuttavia, il regolamento prevede, all'art. 4, par. 5, una regola speciale per il caso di documenti provenienti dagli Stati membri (ossia per i documenti che, indipendentemente dall'autore, sono trasmessi da uno Stato membro ad un'istituzione). La norma è stata interpretata dalla giurisprudenza nel senso che gli Stati membri non hanno un diritto di veto generale ed incondizionato che consenta loro di opporsi alla trasmissione di un documento da essi stessi proveniente in modo totalmente discrezionale e senza dover motivare la decisione. Secondo la Corte, infatti, lo Stato membro può bloccare la divulgazione solo in casi rientranti nelle eccezioni specificamente elencate all'art. 4 del reg. (CE) n. 1049/2001 e dunque ha solo un potere di partecipare alla decisione dell'istituzione europea. Si tratta, in sostanza, di una forma di parere conforme circa l'assenza di motivi di eccezione ai sensi dei parr. 1-3 dell'art. 4. Si v. sul punto: Corte giust. 18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, *Svezia c. Commissione* e 21 giugno 2012, causa C-135/11 P, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c. Commissione*. In dottrina si v. V. MOLASCHI, *Diritto di accesso: il Tribunale stabilisce la portata delle deroghe e i limiti di applicabilità della regola dell'autore (nota a Tribunale di primo grado delle Comunità europee, IV sez., sent. 12 ottobre 2000, causa T-123/99, JT's Corporation Ltd c. Commissione delle Comunità europee)*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2001, p. 340 ss.; A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, cit., p. 462 ss.; M. E. DE LEEUW, *The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?*, cit., spec. p. 336 ss.; P. CABRAL, *Access to Member State documents in EC law*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, p. 378 ss.; A. BARAV, *Opacité et transparence ou le droit d'empêcher: la jurisprudence en matière d'accès aux documents provenant des Etats membres détenus par les institutions communautaires*, in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 29 ss.; G. CONTE, *Portata e limiti del diritto di accesso ai documenti nell'Unione europea*, cit., p. 308.

Inoltre, il regolamento contempla anche i documenti di «*terzi*», ossia dei soggetti privati indicati all'art. 3, lett. b)⁸⁷, i quali devono essere consultati per valutare l'applicabilità delle eccezioni all'accesso, «*a meno che non sia chiaro che il documento può o non deve essere divulgato*» (art. 4, par. 4).

3.3 L'art. 41, co. 2, lett. b), Carta: i rapporti tra il diritto di accesso al fascicolo ex art. 41 Carta e il diritto di accesso ai documenti ex art. 42 Carta

Quanto all'art. 41, par. 2, lett. b), esso prevede il «*diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale*»⁸⁸.

Si tratta di un diritto individuale⁸⁹, posto a garanzia del singolo e consente ad ogni persona di accedere al fascicolo istruttorio che la riguarda per avere piena cognizione di tutti gli atti e documenti acquisiti al procedimento (c.d. accesso procedimentale). Conseguentemente, tale diritto è funzionale alla miglior tutela delle ragioni del singolo nell'ambito di un procedimento amministrativo e/o in un

⁸⁷ La norma individua come soggetto terzo «qualsiasi persona fisica o giuridica, o qualsiasi entità esterna all'istituzione interessata, compresi gli Stati membri, le altre istituzioni e gli altri organi comunitari o non comunitari, nonché i pasi terzi».

⁸⁸ Per un commento alla norma si v.: R. BIFULCO, *Commento all'art. 41*, cit., p. 284 ss.; L. FERRARI BRAVO, F. M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, cit., p. 145 ss.; M. PANEBIANCO (dir.), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 380 ss.; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding, but Influential: the Example of Good Administration*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Continuity and Change in EU Law. Essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 157 ss.; P. CRAIG, *Article 41*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, cit., p. 1069 ss.

⁸⁹ Secondo G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, 6° ed., Torino, 2013, p. 247, il diritto ad una buona amministrazione costituisce un principio, una norma programmatica. A parere di chi scrive, tenuto anche conto del fatto che, come chiarito dalle Spiegazioni della Carta, in taluni casi è possibile che gli articoli della Carta contengano elementi sia di un diritto, sia di un principio, la specifica previsione rilevante ai fini dell'esame che si sta conducendo, ossia l'art. 41, par. 2, lett. b), ha sufficiente contenuto prescrittivo per poter essere considerata alla stregua di un diritto e non di un (mero) principio. Sulla distinzione tra diritti e principi si v., da ultimo, diffusamente D. GUDMUNDSDÓTTIR, *A Renewed Emphasis on the Charter's Distinction Between Rights and Principles: Is a Doctrine of Judicial Restraint More Appropriate?*, in *CMLRev*, 2015, p. 685 ss.; M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, cit., p. 82 ss.

eventuale successivo giudizio da esso scaturente (nell'ipotesi di impugnazione del provvedimento)⁹⁰.

Diversamente dal caso dell'art. 42 Carta, la norma in commento non riproduce un diritto già riconosciuto all'interno dei Trattati, ma ne introduce uno nuovo, desunto dalla giurisprudenza comunitaria⁹¹. Per conseguenza, non trova applicazione per l'art. 41, par. 2, la clausola limitativa prevista all'art. 52, par. 2, Carta (che invece viene in rilievo con riferimento ai parr. 3 e 4 del medesimo articolo 41).

Il diritto di accesso, inteso come esigenza connessa alla tutela dei diritti della difesa, costituisce un «*supplementary right*»⁹² rispetto al più ampio diritto di accesso del pubblico ai documenti in possesso di istituzioni, organi e organismi europei ed opera su un piano diverso da quello dell'accesso non procedimentale. In particolare, mentre l'accesso al fascicolo è tipicamente connesso alle esigenze di difesa, il secondo è sganciato da un interesse specifico del richiedente accesso e mira ad assicurare la democraticità dell'agire delle istituzioni⁹³.

Il diverso ambito operativo dei due istituti si riflette sia sul piano normativo, sia sul piano ermeneutico.

Quanto al primo profilo, occorre osservare che l'accesso c.d. non procedimentale trova la propria disciplina, a livello di diritto derivato, essenzialmente nel reg. (CE) n. 1049/2001, mentre l'accesso c.d. procedimentale è normato nel diritto secondario in una molteplicità di atti relativi a specifici settori del diritto dell'Unione, contenenti, tra le altre, anche previsioni in tema di accesso

⁹⁰ Si noti che una prima versione di questo articolo (Nota del Presidium del 20 marzo 2000) era formulata in senso decisamente meno favorevole al richiedente accesso rispetto alla enunciazione attuale. Il diritto in questione, infatti, era attribuito «qualora ciò sia necessario perché [l'individuo] possa far valere i suoi argomenti e nel rispetto degli interessi legittimi della riservatezza e della segretezza delle questioni interessate»: si v. M. PANEBIANCO (dir.), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 381.

⁹¹ Cfr. Spiegazione relativa all'art. 41 della Carta. In dottrina si v. L. S. ROSSI, *Uguaglianza - cittadinanza*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 109 ss. e spec. p. 122; S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, cit., pp. 1488-1489.

⁹² L'espressione è di J. SCHWARZE, *Access to Documents under European Union*, cit., p. 338.

⁹³ Per un'analisi distinta delle fattispecie si vedano, tra i molti, R. GAROFOLI, *I profili comunitari del diritto di accesso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1285 ss.; I. HARDEN, *Citizenship and Information*, in *Eur. Public Law*, 2001, p. 165 ss.; H. MONET, R. GHERGHINARU, *L'accès du public aux documents des institutions européennes*, in *Journal dr. eur.*, 2013, p. 254 ss.; J. SCHWARZE, *Access to Documents under European Union*, cit., p. 335 ss. Esaminano le interferenze tra il diritto alla difesa e l'accesso ai documenti in generale: K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *CMLRev*, 1997, p. 531 ss.

ai fascicoli amministrativi riguardanti direttamente le persone che possono vantare per essi un interesse specifico⁹⁴.

Ai fini dell'accesso c.d. non procedimentale non occorre che il richiedente dimostri uno specifico interesse a sostegno della propria domanda (cfr. art. 6, par. 1, reg. (CE) n. 1049/2001), mentre, nell'ipotesi di accesso al fascicolo, la richiesta non può provenire da *quisque de populo*, essendo tale accesso riservato esclusivamente a determinati soggetti che hanno un interesse specifico, in quanto *riguardati* dal fascicolo istruttorio del quale chiedono la divulgazione.

Conseguentemente, anche i documenti ostensibili cambiano: nel caso del diritto di accesso al fascicolo, possono essere richiesti unicamente documenti che compongono il fascicolo di indagine, mentre nel caso dell'accesso c.d. non procedimentale, la domanda può riguardare qualsiasi documento ricadente nell'ambito dell'art. 42 Carta (e dunque nella definizione di cui all'art. 3, lett. a), del reg. (CE) n. 1049/2001).

Quanto al piano interpretativo, occorre osservare che l'accesso al fascicolo è stato oggetto per primo di riconoscimento e tutela da parte della giurisprudenza, in connessione all'affermazione del diritto alla difesa ed in particolare nel quadro dell'applicazione delle norme in materia di concorrenza⁹⁵. Diversamente, il diritto

⁹⁴ A mero titolo di esempio, si può fare riferimento all'art. 27, par. 2, reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (in *GUCE*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss.); all'art. 18, par. 3, reg. (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni") (in *GUUE*, L 24 del 29 gennaio 2004, p. 1 ss.). Osserva J. SCHWARZE, *Access to Documents under European Union*, cit., p. 343: «evaluating the two different types of access to documents on the whole, access to files is mainly part of the rule of law, whereas the general right of access to documents reflects more the principle of democracy in the European Union».

⁹⁵ Cfr., *ex multis*, Corte giust. 16 giugno 1965, causa 58/64, *Grundig c. Commissione della CEE*; 15 luglio 1970, causa 41/69, *Chemiefarma c. Commissione*; 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*; 29 ottobre 1980, cause riunite da 209 a 215 e 218/78, *Vander Landewyck c. Commissione (FEDETAB)*; 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, *VBVB e VBBB c. Commissione*; 3 luglio 1991, causa 62/86, *AZKO c. Commissione*: tali sentenze esprimono un'impostazione della Corte ancora piuttosto restrittiva, in cui si riconosce all'impresa interessata la possibilità di far conoscere il proprio punto di vista sui documenti presi in considerazione dalla Commissione nel rispetto dei diritti della difesa, ma si afferma chiaramente che non sussiste alcuna regola di diritto che imponga alla Commissione di far conoscere alle parti interessate i fascicoli amministrativi. Cfr. successivamente Trib. 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione*; 18 dicembre 1992, cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*; 29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay c. Commissione*: attraverso tali pronunce, il Tribunale supera progressivamente l'impostazione più restrittiva della Corte, riconoscendo in un primo momento che il diritto di

di accesso c.d. non procedimentale costituisce il frutto di un'esperienza giuridica a sé stante, connessa alla graduale affermazione nell'ordinamento europeo dei già richiamati principi di trasparenza, apertura e democrazia partecipativa.

Tuttavia, la distinzione tra le due tipologie di accesso appare oggi molto più sfumata e, anzi, può propendersi per una lettura unitaria delle medesime, che ne valorizzi il fondamento comune. La stretta interrelazione risulta infatti desumibile sia dal Trattato, sia dalla Carta.

Quanto al Trattato, occorre osservare che la formulazione dell'art. 15 TFUE è tale da sottoporre all'obbligo di trasparenza passiva *tutta* l'attività di istituzioni, organi e organismi dell'Unione⁹⁶, ricomprendendo, quindi, non solo l'attività del potere legislativo, ma anche quella del potere esecutivo e della pubblica amministrazione in generale⁹⁷, «*proprio allo scopo di impostare in modo più aperto i*

accesso al fascicolo della Commissione si basa sulle regole che l'istituzione si è autoimposta (cfr. XII Relazione della Commissione sulla politica di concorrenza, del 1983, ove viene riconosciuta alle imprese implicate nei procedimenti in materia di concorrenza la possibilità di prendere visione dei fascicoli) ed in un secondo momento che tale diritto trova fondamento nelle garanzie procedurali del diritto di difesa e nel principio della parità delle armi. Tuttavia, poiché l'accesso al fascicolo è uno strumento funzionale al diritto di difesa, è necessario, secondo la Corte, che l'impresa richiedente accesso dimostri che i documenti di cui domanda la divulgazione siano per essa necessari a difendersi (Corte giust. 8 luglio 1999, causa C-51/92 P, *Hercules Chemicals c. Commissione* e 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*). Sull'accesso al fascicolo da parte delle imprese terze (ossia imprese diverse da quelle destinatarie di una comunicazione degli addebiti, p. es. le imprese denunciati): Corte giust. 24 giugno 1986, causa 53/85, *AZKO Chemie c. Commissione* e Trib. 15 luglio 1994, causa T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*. Per un esame della giurisprudenza citata si vedano, tra i molti, A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 80 ss.; P. CRAIG, *Article 41*, cit., p. 1073 osserva che: «the right of access was rationalised as being part of the rights of the defence, and this rationale is equally applicable to all subject matter areas where the rights of the defence are applicable. This conclusion is reinforced by the wording of Article 41 (2) (b), which is framed in general terms and is not confined to specific subject matter areas» e p. 1082 ss.

⁹⁶ Con l'unica eccezione, già vista, di cui al par. 3, co. 4, dell'art. 15 TFUE.

⁹⁷ Sebbene sia innegabile una accentuazione dell'esigenza di trasparenza con specifico riferimento all'attività legislativa: cfr. art. 15, par. 2 e par. 3, co. 5, TFUE; considerando n. 6 e articoli 2, par. 4, e 12 del reg. (CE) n. 1049/2001. In giurisprudenza, cfr. Corte giust. 1 luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, con il commento di A. ARNULL, *Joined Cases C-39/05 P & C-52/05 P, Sweden and Turco v. Council, judgment of the Grand Chamber of 1 July 2008*, in *CMLRev*, 2009, p. 1219 ss.; V. TINTO, *Il diritto di accesso del pubblico agli atti dell'Unione europea*, in *Dir. Comm. Int.*, 2009, p. 747 ss.

rapporti reciproci e di togliere all'amministrazione le sue connotazioni più o meno apertamente autoritarie»⁹⁸.

Lo stesso reg. (CE) n. 1049/2001, con cui è stata data attuazione all'art. 255 TCE (oggi sostituito dall'art. 15 TFUE) all'undicesimo considerando precisa che: «*in linea di principio, tutti i documenti delle istituzioni dovrebbero essere accessibili al pubblico*» ed all'art. 2, par. 3, nel delineare l'ambito di applicazione della normativa sull'accesso, sancisce che: «*il presente regolamento riguarda tutti i documenti detenuti da un'istituzione, vale a dire i documenti formati o ricevuti dalla medesima e che si trovino in suo possesso concernenti tutti i settori d'attività dell'Unione europea*».

Quanto alla Carta, sotto un profilo sistematico si può evidenziare che il diritto di accesso al fascicolo è stato collocato – al pari dell'art. 42 Carta – nel titolo V, che elenca i tipici diritti della cittadinanza europea. Questi corrispondono tutti ai diritti della cittadinanza già previsti all'interno del Trattato UE, ad eccezione proprio degli articoli 41 e 42 Carta. Ne discende che, tramite la Carta, si è voluto ampliare il paniere delle posizioni soggettive protette per il cittadino europeo, affiancando ai tipici diritti politici del Trattato UE due diritti «*a carattere più strettamente amministrativo*»⁹⁹, volti a favorire la costruzione del rapporto democratico fra il cittadino e l'amministrazione europea e che, come tali, vanno interpretati in stretta correlazione fra loro.

La collocazione nel titolo V può sorprendere in particolar modo con riferimento al diritto di accesso al fascicolo, il quale, come anticipato, si è tradizionalmente affermato nella giurisprudenza europea in correlazione con il diritto alla difesa. Pertanto, sarebbe apparso maggiormente in linea con la *ratio* dell'istituto – per come risultante dalla casistica della Corte¹⁰⁰ – l'inserimento del diritto di accesso al fascicolo nel titolo VI della Carta, rubricato *Giustizia*, tra i diritti che assicurano la tutela giurisdizionale effettiva. La diversa scelta dei redattori della Carta sembra essere andata nel senso di “sganciare” il diritto in esame dal suo tradizionale sviluppo, collocandolo tra gli strumenti della buona amministrazione. Le Spiegazioni della Carta relative all'art. 41 Carta affermano che: «*l'articolo 41 è basato sull'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto, le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla giurisprudenza che ha consacrato segnatamente*

⁹⁸ Cfr. pt. 14 delle già citate conclusioni presentate nella causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio*.

⁹⁹ Tali osservazioni sono formulate da R. BIFULCO, *Commento all'art. 41*, cit., p. 285.

¹⁰⁰ Si vedano i riferimenti giurisprudenziali richiamati nella precedente nota n. 95.

la buona amministrazione come principio generale di diritto»¹⁰¹. In tal modo, il diritto di accesso al fascicolo assume (unitamente agli altri diritti riconosciuti nell'art. 41) la funzione di contribuire a definire la forma di ordinamento europeo, concorrendo alla valorizzazione dei principi di apertura, trasparenza e buona amministrazione e, per tale via, alla costruzione di un rapporto democratico tra l'amministrazione ed i cittadini.

Si tratta di una funzione sovrapponibile a quella dell'accesso c.d. non procedimentale, di cui all'art. 42 Carta, e in una certa misura complementare ad essa, ove si consideri che «l'art. 41 fornisce i principi generali cui deve ispirarsi l'attività delle istituzioni comunitarie e dei suoi organi», mentre l'art. 42 «si preoccupa del versante opposto, quello che dal basso sale verso l'alto, fornendo ai cittadini lo strumento giuridico per penetrare nella sfera dell'amministrazione»¹⁰².

Quanto osservato fonda l'idea che, nel disegno tracciato dalla Carta, il diritto di accesso sia concepito come un *unicum* – sia che si tratti di accesso procedimentale, sia che si tratti di accesso non procedimentale – e che afferisca alle regole che disciplinano il rapporto tra il cittadino ed il potere pubblico¹⁰³. In sostanza, il diritto di accesso non contempla solo la trasparenza intesa quale possibilità del pubblico di conoscere le attività di istituzioni, organi e organismi dell'Unione, ma anche la protezione di specifici interessi privati.

Anche in giurisprudenza è stato fatto riferimento congiunto agli articoli 41 e 42 per dimostrare la consacrazione del diritto di accesso nella Carta¹⁰⁴.

¹⁰¹ C. AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, cit., p. 48, ove l'A. osserva che l'art. 41 Carta rappresenta uno dei pochi casi (insieme gli articoli 20, 47 e 49) in cui le Spiegazioni della Carta richiamano espressamente i principi generali a fondamento della norma riprodotta nella Carta.

¹⁰² L'osservazione è di R. BIFULCO, *Commento all'art. 42*, cit., pp. 293-294; ID., *Commento all'art. 41*, cit., p. 285 e 289, ove si evidenzia la stretta relazione concettuale tra il diritto garantito dall'art. 41, par. 2, lett. b) ed il più ampio diritto di accesso di cui al successivo art. 42 Carta. Si vedano anche C. SABATINO, *Cittadinanza e autorità pubblica. Diritto di accesso ai documenti*, cit., p. 1323; J. SCHWARZE, *Access to Documents under European Union*, cit., p. 338, ove l'A. afferma: «although the two types of access have to be distinguished in dogmatic terms, there are still some overlappings between these two provisions, as far as the reach of the respective rights and in particular their limits are concerned».

¹⁰³ P. CRAIG, *Article 41*, cit., p. 1082, ove l'A. afferma che le due tipologie di accesso «can function as alternate routes to the same goal»; D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, cit., p. 1102.

¹⁰⁴ Si v. le conclusioni dell'avvocato generale Léger presentate in data 10 luglio 2003 nella causa C-353/01 P, *Mattila c. Consiglio e Commissione*, pt. 76. Si tenga tuttavia presente che nella sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2004 sul caso in esame manca qualsivoglia riferimento alla Carta.

A riprova di questa forte complementarità tra le due tipologie di accesso, si può osservare una certa commistione delle regole applicabili in taluni specifici ambiti in cui le discipline si sovrappongono. Il caso tipico riguarda i documenti acquisiti al fascicolo istruttorio di un'indagine in materia di concorrenza o di aiuti di Stato, ove sussistono regole specifiche e orientamenti giurisprudenziali tendenzialmente più restrittivi in tema di accesso dei singoli (parti e terzi) al fascicolo. Ne consegue che la disciplina "generale" sull'accesso di cui al reg. (CE) n. 1049/2001 è stata sovente invocata dai richiedenti anche in relazione a domande di accesso c.d. procedimentale, allo scopo di assicurarsi maggiori *chances* di ottenere una decisione positiva¹⁰⁵. Lasciando per il momento da parte l'analisi di tale profilo, che sarà trattato nel prossimo capitolo, quel che si intende evidenziare in questa sede è la possibilità di considerare congiuntamente le due tipologie di accesso (c.d. procedimentale e non procedimentale): entrambe sono dotate nel diritto primario di uno *status* rafforzato, che deriva dal comune fondamento rinvenibile nell'art. 15 TFUE e dal loro riconoscimento quali diritti fondamentali all'interno della Carta. Ne discende che ad entrambe le tipologie di accesso deve applicarsi il medesimo criterio ermeneutico (desumibile dal dettato dell'art. 15 TFUE e dalla natura di diritti fondamentali di tali istituti), secondo cui l'accesso costituisce la regola, mentre la negazione dell'accesso deve rappresentare una eccezione. In entrambi i casi, quindi, in ossequio al principio della massima espansione della tutela dei diritti fondamentali, l'interpretazione deve essere guidata da un criterio di tipo teleologico-estensivo nell'ipotesi in cui si tratti di affermare la sussistenza del diritto e da un criterio di tipo restrittivo ove si tratti di interpretare la portata delle restrizioni che possono essere fraposte all'esercizio del diritto.

Un elemento di differenziazione può trarsi, invece, dalla considerazione che, mentre l'art. 42 Carta riafferma un diritto del Trattato – e quindi si applica alle condizioni e nei limiti da esso definiti – l'art. 41, par. 2, come visto, deriva dalla giurisprudenza ed è espressione della buona amministrazione «*come principio generale di diritto*»¹⁰⁶. Ne deriva che, a voler seguire la teoria secondo cui la Carta deve ritenersi dotata di rango superiore a quello dei Trattati nella misura in cui esprima principi generali dell'ordinamento europeo¹⁰⁷, si potrebbe prospettare

¹⁰⁵ D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, cit., p. 1111.

¹⁰⁶ Spiegazione relativa all'art. 41 Carta.

¹⁰⁷ In giurisprudenza si v. Corte giust. 15 ottobre 2009, causa C-101/08, *Audiolux e a.*, pt. 63 ove la Corte afferma che: «i principi generali del diritto comunitario rivestono rango costituzionale». In dottrina fanno riferimento a questa teoria: T. TRIDIMAS, *General Principles of*

una collocazione del diritto di accesso al fascicolo, in quanto espressione del principio generale di buona amministrazione, ad un livello super-primario, tale cioè che nemmeno una fonte di diritto primario potrebbe espungere dall'ordinamento il diritto in questione.

Tale conclusione sembra trovare conforto anche nella circostanza per cui il diritto di accesso al fascicolo è concesso ad «ogni persona» che entri in contatto con l'amministrazione europea e non solo a chi ha con essa un legame di cittadinanza, residenza o di sede sociale, mentre il diritto di accesso non procedimentale è riservato ai soli cittadini, ai residenti ed alle persone giuridiche con sede nel territorio europeo¹⁰⁸. E' pur vero che il reg. (CE) n. 1049/2001, all'art. 2, par. 2, prevede che le istituzioni «possono concedere l'accesso ai documenti a qualsiasi persona fisica o giuridica che non risieda o non abbia la sede sociale in uno Stato membro», ma, come osserva attenta dottrina¹⁰⁹, l'ambito dei beneficiari *ulteriori* rispetto a quelli che detengono un legame specifico con l'Unione (cittadinanza, residenza, sede

EU Law, cit.; R. BIFULCO, *Commento all'art. 41*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., spec. p. 287; A. TIZZANO, *L'application de la Charte des droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, cit., spec. p. 430; L. S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? Rango, primato ed effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cit., p. 329.

¹⁰⁸ R. BIFULCO, *Commento all'art. 41*, cit., p. 293; B. FAVREAU, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pourquoi? Comment?*, in B. FAVREAU (sous la direction de), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2010, p. 3 ss. e spec. p. 16; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, p. 127. Ad ogni modo, conviene osservare che la formulazione del diritto previsto all'art. 42, anche dopo le modifiche apportate in sede di seconda proclamazione a Strasburgo, resta comunque meno ampia, sotto il profilo dei soggetti titolari, rispetto a quanto previsto dall'art. 11 della Carta nel caso della libertà di espressione e di informazione: S. BRISARD, *Le droit d'accès du public aux documents non publiés des institutions communautaires*, cit., p. 130. Sul rapporto tra art. 11 ed art. 42 Carta si v. Trib. 29 novembre 2012, causa T-590/10, *Thesing e Bloomberg Finance c. BCE*, pt. 72, ove si afferma che: «il convient de relever que, s'agissant du droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, la charte prévoit un *droit* fondamental *spécial*. En effet, en vertu de l'article 42 de la charte, tout citoyen de l'Union ainsi que toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès à ces documents, quel que soit leur support. Or, les requérantes n'ont pas fait valoir une violation de ce droit spécial, mais se sont bornées à faire valoir une prétendue violation du *droit général* de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la CEDH et par l'article 11 de la charte. Ce faisant, elles n'ont pas expliqué comment, selon elles, le comportement de la BCE pouvait constituer une violation de l'article 10 de la CEDH et de l'article 11 de la charte» [corsivo aggiunto].

¹⁰⁹ D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, cit., p. 1107. Negli stessi termini anche M. E. DE LEEUW, *The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?*, cit., spec. p. 327.

della società) dipende da una scelta discrezionale degli enti europei («*possono concedere*»), con la conseguenza che per detti beneficiari il diritto di accesso «*will in any event not have the status of fundamental right*».

3.4 Le conseguenze sul piano ermeneutico

In quanto diritto fondamentale sancito in un catalogo di diritti dotato ormai di valore giuridico pari o superiore a quello dei Trattati e di valenza costituzionale, il diritto di accesso previsto agli articoli 41 e 42 Carta, oltre a vedere significativamente rafforzata la sua visibilità, diviene obiettivo autonomo dell'Unione da tutelare *ex se*, non costituendo più (come era nella situazione precedente alla riforma di Lisbona) un mero argomento *a fortiori*¹¹⁰, utilizzabile a

¹¹⁰ Sebbene in taluni casi il legislatore dell'Unione, prima dell'entrata in vigore della Carta, avesse già fatto ad essa riferimento in diversi atti di diritto derivato, formalizzando, in tal modo, il suo rispetto. Uno di tali casi è costituito proprio dal reg. (CE) n. 1049/2001, che rappresenta addirittura il primo atto di diritto derivato che si riferisce alla Carta. Al considerando n. 2 si prevede che la «politica di trasparenza consente una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e garantisce una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico. La politica di trasparenza contribuisce a rafforzare i principi di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 6 del trattato UE e dalla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Cfr. S. PEERS, *The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*, cit., spec. p. 390. Si veda anche J.-P. JACQUÉ, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 55 ss. e spec. pp. 79-80, ove l'A. afferma che il riferimento espresso alla Carta nel reg. (CE) n. 1049/2001 dimostra che «le Parlement et la Commission ont manifesté clairement leur intention de considérer la Charte comme obligatoire et d'œuvrer en ce sens». Si v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 30 settembre 2010, nella causa C-236/09, *Association Belge des consommateurs Test-achats*, pt. 28. Si può tuttavia osservare che la formulazione del considerando n. 2 sopra riportata risulta piuttosto generica e criticabile in quanto, nonostante il nesso specifico del regolamento con gli artt. 42 e 41, co. 2, lett. b), Carta, essa non effettua alcun rinvio espresso a tali norme, apparendo quasi più come una clausola di stile. Su tale aspetto si v. M. E. DE LEEUW, *The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?*, cit., p. 327 ove l'A. ha rilevato che: «it is however remarkable that in the Preamble no explicit reference is made to the fact that the right of access to documents has been enshrined in Article 42 of the Charter of Fundamental Rights, which would have highlighted its fundamental character». Si tenga presente che la Commissione, nella Comunicazione sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (SEC (2001) 380/3 del 13 marzo 2001) aveva indicato una frase standard da introdurre nella legislazione di diritto derivato, formulata in termini maggiormente vincolanti rispetto a quelli impiegati nel reg. (CE) n. 1049/2001. L'espressione standard è stata utilizzata, ad esempio, nel

supporto o conferma di «soluzioni o principi già giustificate o sanciti da altre disposizioni comunitarie»¹¹¹. La tutela dei diritti fondamentali diviene, infatti, uno scopo specifico e centrale del processo di integrazione¹¹². Ciò in quanto, a seguito della riforma di Lisbona, per un verso la Carta ha significativamente rafforzato il proprio ruolo di strumento interpretativo e ricognitivo, divenendo un parametro ermeneutico privilegiato; per altro verso, essa ha acquistato la nuova funzione di parametro cogente di legittimità e validità¹¹³, che vincola anzitutto le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, nonché gli Stati membri (sebbene, per questi ultimi, esclusivamente nei limiti dell'attuazione del diritto dell'Unione ex art. 51, par. 1, Carta¹¹⁴). Ne è conseguita, in sostanza, una modifica del rapporto

reg. (CE) n. 1/2003, al considerando n. 37, ove si afferma che: «il presente regolamento ottempera ai diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esso pertanto dovrebbe essere interpretato e applicato in relazione a detti diritti e principi». La Commissione aveva altresì indicato una diversa formula da impiegare proprio nel caso in cui un atto di diritto derivato coinvolgesse specificamente una o più previsioni della Carta. Tale formula prevedeva, per l'appunto, l'indicazione precisa dell'articolo della Carta di cui l'atto si impegnava ad assicurare il rispetto. Su tali aspetti v. *amplius* R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 359 ss. e spec. p. 380 e nota 92.

¹¹¹ C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 23. Per una serie di casi in cui la giurisprudenza si è riferita alla Carta a titolo complementare cfr.: Corte giust. 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*; 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*; 2 marzo 2010, cause riunite da C-175/08 a C-179/08, *Salahadin Abdoulla e a.*; 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*; Trib. 30 gennaio 2002, causa T-54/99, *max.mobil c. Commissione*; 12 settembre 2007, causa T-36/04, *API c. Commissione*. Richiami alla Carta sono sovente contenuti anche nelle conclusioni degli avvocati generali. Oltre alle conclusioni già citate nei casi C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio* e C-353/99 P *Consiglio c. Hautala*, cfr. ad esempio: conclusioni dell'avvocato generale Tizzano presentate in data 8 febbraio 2001 nella causa C-173/99, *BECTU*, pt. 26; conclusioni dell'avvocato generale Jacobs presentate in data 22 marzo 2001 nella causa C-270/99 P, *Z c. Parlamento*, pt. 40; conclusioni dell'avvocato generale Colomer presentate in data 11 febbraio 2003 nella causa C-219/00 P, *Cementerie del Tirreno c. Commissione*; conclusioni dell'avvocato generale Colomer presentate in data 11 marzo 2004 nella causa C-150/03 P, *Hectors c. Parlamento*, pt. 40; conclusioni dell'avvocato generale Sharpston presentate in data 15 ottobre 2009 nella causa C-28/08 P, *Commissione c. Bavarian Lager*, pt. 11-13 e 31.

¹¹² R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, cit., spec. p. 393; C. AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, cit., pp. 22-23 e dottrina citata nella nota 5. Cfr. anche L. DANIELE, *La protezione dei Diritti Fondamentali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona: quadro d'insieme*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 645 ss.

¹¹³ Un limite alla capacità della Carta di fungere da parametro di legittimità è previsto all'art. 52, par. 5, per quelle disposizioni della Carta che contengono principi, anziché diritti.

¹¹⁴ Sull'applicabilità della Carta negli ordinamenti degli Stati membri si v., da ultimo, A. TIZZANO, *L'application de la Charte des droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de*

tra la Carta e le altre fonti originarie di molti diritti in essa sanciti: se un tempo, come detto, la Carta era utilizzata *ad adiuvandum*, oggi essa diviene il «*primo documento di riferimento per l'individuazione del parametro su cui va commisurato l'effettivo rispetto di tali diritti da parte dei soggetti che ne sono vincolati*»¹¹⁵.

Da un esame della giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Carta¹¹⁶, risulta che la Corte di giustizia ha in vari casi invalidato atti delle istituzioni utilizzando la Carta come parametro unico o, più frequentemente, in combinazione con altre disposizioni. In particolare, con la sentenza *Schrems*¹¹⁷ è stata invalidata la decisione 2000/520 della Commissione, adottata in forza dell'art. 25, par. 6, della direttiva 95/46/CE, letta alla luce degli articoli 7, 8 e 47 Carta; nel caso *Association Belge des consommateurs Test-achats*¹¹⁸, la Corte ha dichiarato invalido l'art. 5, n. 2, della direttiva 2004/113 in quanto contrario alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini ed incompatibile con gli articoli 21 e 23 Carta¹¹⁹; con la pronuncia *Volker und Markus Schecke e Eifert*¹²⁰ sono state dichiarate invalide talune disposizioni dei regolamenti in materia di aiuti agricoli che imponevano la pubblicazione dei dati personali dei beneficiari dei fondi FEOGA e FEASR, valutate anche alla luce degli articoli 7 e 8

son article 51, paragraphe 1, cit., p. 429 ss.; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *St. int. eur.*, 2015, p. 23 ss.

¹¹⁵ Così osservano R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 144.

¹¹⁶ Si v. le osservazioni in merito di S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52, cit.*, p. 1482 ss.; L. S. ROSSI, «*Stesso valore giuridico dei Trattati?*» *Rango, primato ed effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 334 s.

¹¹⁷ Corte giust. 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*.

¹¹⁸ Corte giust. 1 marzo 2011, causa C-236/09, *Association Belge des consommateurs Test-achats*.

¹¹⁹ La Corte sembra essersi spinta oltre il suggerimento dell'avvocato generale Kokott nelle conclusioni presentate il 30 settembre 2010, ove al pt. 28 si legge: «un riepilogo dei diritti fondamentali garantiti a livello dell'Unione è contenuto attualmente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, n. 1, TUE). Anche per il periodo precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quando la Carta non possedeva ancora alcuna efficacia giuridica vincolante analoga a quella del diritto primario, è possibile utilizzare tale atto quale strumento interpretativo ai fini della tutela dei diritti fondamentali a livello dell'Unione; ciò vale non da ultimo nell'ipotesi in cui venga in questione un atto giuridico nel quale lo stesso legislatore dell'Unione abbia fatto riferimento alla Carta, così come è avvenuto nel caso di specie al quarto 'considerando' della direttiva 2004/113».

¹²⁰ Corte giust. 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*.

Carta. Infine, nel caso *Digital Rights Ireland*¹²¹, la Corte ha dichiarato invalida la direttiva 2006/24/CE per violazione degli articoli 7 e 8 Carta, utilizzando in tal caso la Carta quale parametro unico.

L'analisi di tali sentenze dimostra che la Corte – fatti salvi i casi in cui l'invocabilità della Carta è stata esclusa *ratione temporis*¹²² – ha ritenuto di poter vagliare alla luce delle disposizioni della Carta la validità di atti delle istituzioni anche *anteriori* all'entrata in vigore della Carta medesima¹²³, come del resto è sia il reg. (CE) n. 1049/2001, sia la maggior parte delle normative di settore che contengono regole specifiche in materia di accesso ai fascicoli. Pur non essendovi, ad oggi, controversie che investono la legittimità del reg. (CE) n. 1049/2001 alla luce della Carta, l'approccio della Corte appena ripercorso è indicativo, per quel che qui rileva, dell'attivismo del giudice nel controllo di conformità del diritto derivato ai diritti fondamentali, di cui non si può non tener conto anche in sede interpretativa¹²⁴.

Come si diceva prima, infatti, oltre alla nuova funzione di parametro di legittimità del diritto derivato, la Carta vede rafforzato, a seguito della riforma di Lisbona, il suo ruolo di strumento ermeneutico. Dal mutamento della forza giuridica della Carta nel sistema delle fonti di diritto dell'Unione discende, quindi, una maggior attenzione del giudice in sede di interpretazione della normativa di diritto derivato alla luce della Carta¹²⁵.

¹²¹ Corte giust. 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e a.*

¹²² In quanto la pretesa avanzata in giudizio concerneva un periodo precedente alla data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, pertanto, antecedente alla data a partire dalla quale la Carta ha acquisito lo stesso valore dei Trattati: Corte giust. 26 marzo 2015, causa C-316/13, *Fenoll*, pt. da 45 a 47.

¹²³ Si v. *amplius* sul punto P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., pp. 23-24.

¹²⁴ Corte giust. 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*, pt. 60: «l'Unione è un'Unione di diritto, nel senso che tutti gli atti delle sue istituzioni sono soggetti al controllo della conformità, segnatamente, ai Trattati, ai principi generali del diritto *nonché ai diritti fondamentali* (v., in tal senso, sentenze Commissione e a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, punto 66; Inuit Tapiriit Kanatami e a./Parlamento e Consiglio, C-583/11 P, EU:C:2013:625, punto 91, nonché Telefónica/Commissione, C-274/12 P, EU:C:2013:852, punto 56) [corsivo aggiunto]».

¹²⁵ L. S. ROSSI, *“Stesso valore giuridico dei Trattati”?* Rango, primato ed effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cit., p. 355, secondo cui: «nonostante le maggiori difficoltà di fungere come parametro di legittimità o di validità, che la Carta può presentare rispetto ai Trattati, essa è comunque destinata ad esercitare una crescente influenza sugli atti delle istituzioni, rispetto ai quali costituisce un fondamentale strumento di interpretazione da parte della Corte di giustizia, ma anche da parte dei giudici nazionali». Si v. anche A. DI STASI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea con particolare riferimento alla Carta*, in A. DI

In particolare, la Carta ha previsto le condizioni che consentono ad istituzioni, organi, organismi dell'Unione nonché agli Stati membri di stabilire restrizioni ai diritti fondamentali tramite la clausola limitativa generale di cui al già citato art. 52, par. 1, Carta. Tale norma è sicuramente applicabile all'art. 41, par. 2, lett. b), Carta e può essere ritenuta applicabile, alla luce di quanto osservato più sopra (cap. I, par. 3.2), anche all'art. 42 Carta. L'art. 52, par. 1, Carta canonizza i principi di legalità, rispetto del contenuto essenziale del diritto, proporzionalità, necessità ed effettività¹²⁶, imponendo al giudice una verifica simile a quella elaborata nella nota sentenza *Cassis de Dijon*¹²⁷ con riferimento alle "esigenze imperative". La differenza consiste essenzialmente nel fatto che, nel caso dei diritti fondamentali, il *test* da condurre poggia su canoni che sono stati messi per iscritto e che sono oggi dotati di forza giuridica vincolante pari a quella dei Trattati. Ne discende che, ove vengano in rilievo i diritti fondamentali, il bilanciamento con altre finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o altri diritti e libertà risulta più stringente ed impone un'interpretazione maggiormente vincolata, proprio a garanzia del nucleo essenziale dei diritti.

Occorre dunque approcciarsi alla materia del diritto di accesso, ossia tanto alle regole "generali" sull'accesso ai documenti, quanto alle regole "settoriali" sull'accesso al fascicolo, sulla base di un *comune* criterio interpretativo che tenga conto in modo rigoroso dell'evoluzione conseguita alla riforma di Lisbona (in

STASI (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Lavis, 2014, p. 45 ss. e spec. p. 104 e nota 156, ove l'A. fa riferimento ad un utilizzo della Carta con «funzione interpretativa "accentuata" che la proietta verso l'assunzione di una funzione "integrativa" del dettato legislativo dell'Unione»

¹²⁶ Si tratta di principi che, secondo la Spiegazione relativa all'art. 52 Carta, sono ricavati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in caso di restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali operate dagli Stati membri.

¹²⁷ Corte giust. 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*. Si istituisce, per tale via, un parallelismo tra libertà fondamentali previste dai Trattati e diritti fondamentali della Carta: L. S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? *Rango, primato ed effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 348. In termini simili: J. SCHWARZE, *Access to Documents under European Union*, cit., pp. 341-342. Sulle interazioni e sul bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali ed esercizio delle libertà economiche fondamentali si vedano, in particolare, A. ALEMANNI, *À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts «Schmidberger» et «Omega»*, in *Rev. droit Un. eur.*, 2004, p. 709 ss.; V. SKOURIS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance*, in *Eur. Business Law Rev.*, 2006, p. 225 ss.; C. KADDOUS, *Droits de l'homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?*, in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden: promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, p. 563 ss.; R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, cit., p. 366 ss.

termini di rafforzamento degli obblighi dell'Unione e di riconoscimento della natura di diritto fondamentale dell'accesso¹²⁸) e che individui, tra i possibili significati delle norme, quelli maggiormente rispettosi e favorevoli alla piena estrinsecazione del diritto fondamentale di accesso e del principio generale di trasparenza.

Questa operazione ermeneutica, come sopra osservato, gode di maggiori spazi nel caso in cui venga in rilievo il diritto di accesso al fascicolo, giacché tale diritto deriva dalla giurisprudenza e non dai Trattati, con la conseguenza che non trovano ad esso applicazione le limitazioni di cui all'art. 52, par. 2, Carta.

¹²⁸ Cfr., ad esempio, pt. K della proposta di risoluzione comune sulla situazione di stallo della revisione del regolamento (CE) n. 1049/2001 (2013/2637(RSP)) del Parlamento europeo, del 10 giugno 2013.

CAPITOLO II
L'INCIDENZA DELLA GARANZIA FONDAMENTALE DEL DIRITTO DI
ACCESSO SULLA NORMATIVA DERIVATA: GLI AIUTI DI STATO
QUALE "BANCO DI PROVA" DELLA TENUTA DEGLI OBBLIGHI
RAFFORZATI INTRODOTTI DALLA RIFORMA DI LISBONA

1. Il coordinamento tra la normativa generale sull'accesso ai documenti e le discipline di settore: criterio suppletivo o criterio di specialità?

Nel presente capitolo si intende verificare se la qualificazione del diritto di accesso, messa in luce nel capitolo precedente, presenta conseguenze "operative" – oltre che "valoriali" – autonome. A tal fine, viene esaminata l'incidenza del diritto di accesso, così come delineato *post* Lisbona, sulla normativa di diritto *derivato* in materia. Tale normativa, come osservato nel cap. I, par. 1, è costituita dal reg. (CE) n. 1049/2001, che contiene le disposizioni generali sull'accesso ai documenti in possesso delle istituzioni dell'Unione e, al contempo, da una molteplicità di normative di settore, di cui si darà conto nel corso dell'indagine, che contengono al loro interno previsioni sull'accesso applicabili a talune tipologie di documenti rilevanti nel contesto di specifici procedimenti.

Per effettuare questo esame, occorre procedere ad una ri-lettura della normativa secondaria che sia orientata dallo *status* rafforzato acquisito dal diritto di accesso a seguito della riforma di Lisbona. In altre parole, deve essere seguito un criterio interpretativo basato sul riconoscimento della natura di diritto fondamentale dell'accesso e sul suo ancoraggio ad uno dei principi ordinatori del sistema (il principio di trasparenza), per il tramite del quale l'accesso si colloca tra i valori fondanti della Comunità.

L'approccio ermeneutico individuato può essere applicato, in base a quanto rilevato nel capitolo che precede, tanto nel caso di accesso c.d. non procedimentale, quanto nel caso di accesso al fascicolo istruttorio, essendo possibile per entrambi gli istituti rinvenire oggi un fondamento comune sia nel Trattato (che sottopone all'obbligo di trasparenza passiva *tutta* l'attività degli enti europei), sia nella Carta (in cui entrambe le tipologie di accesso partecipano della medesima funzione, concorrendo alla costruzione di un rapporto democratico tra l'amministrazione ed i cittadini).

Occorre altresì tenere in conto che, da un punto di vista sistematico, l'accesso deve essere concepito, come già osservato alla luce del quadro normativo di diritto primario, quale "regola generale", mentre le ipotesi di limitazione di tale diritto previste nella normativa secondaria devono costituire un'eccezione, in quanto tali da interpretare in senso restrittivo. Questa impostazione, già consolidata nella giurisprudenza che si era espressa sul reg. (CE) n. 1049/2001 e sulla normativa anteriore ad esso, ancor prima dell'entrata in vigore della Carta¹²⁹, si arricchisce oggi di nuove e più stringenti garanzie. In altri termini, qualsiasi restrizione apportata al diritto di accesso – procedimentale e non – oltre ad essere oggetto di interpretazione restrittiva, deve risultare conforme ai parametri enucleati nell'art. 52, par. 1, Carta: parametri scritti e cumulativi, che lasciano margini più ridotti al sindacato del giudice¹³⁰.

L'operazione ermeneutica prospettata è resa complessa per il fatto che gran parte delle disposizioni di livello secondario che contengono regole sull'accesso (sia il reg. (CE) n. 1049/2001, sia le normative di settore) è stata elaborata nella vigenza del vecchio TCE e prima dell'entrata in vigore della Carta o addirittura, in taluni casi, antecedentemente alla sua prima proclamazione a Nizza (ad es. il

¹²⁹ Cfr. ad esempio, Corte giust. 1 febbraio 2007, causa C-266/05 P, *Sison c. Consiglio*, pt. 63; 18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, *Svezia c. Commissione*, pt. 66; 1 luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, pt. 36; Trib. 13 aprile 2005, causa T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*, pt. 106; 6 luglio 2006, cause riunite T-391/03 e T-30/94, *Franchet e Byk c. Commissione*, pt. 84. Si vedano anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott presentate in data 8 settembre 2009 nella causa C-139/07 P, *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau*, pt. 46-47 ove si afferma che: «[l'] assunto che l'accesso ai documenti costituisca il principio, mentre il suo rifiuto rappresenterebbe l'eccezione e dovrebbe pertanto essere interpretato restrittivamente [...] è conforme alla giurisprudenza costante non solo del Tribunale, ma anche della Corte [...] non vedo alcun motivo per metterlo in discussione». Sulla normativa anteriore al reg. (CE) n. 1049/2001 si v.: Corte giust. 11 gennaio 2000, cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, *Paesi Bassi e Van der Wal c. Commissione*, pt. 27; Trib. 5 marzo 1997, causa T-105/95, *WWF UK c. Commissione*, pt. 56; 6 febbraio 1998, causa T-124/96, *Interporc Im-und Export c. Commissione (Interporc I)*, pt. 49; 17 giugno 1998, causa T-174/95, *Svenska Journalistförbundet c. Consiglio*, pt. 110; 7 febbraio 2002, causa T-211/00, *Kuijjer c. Consiglio*, pt. 55.

¹³⁰ Cfr. ad es. P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., spec. p. 246 ss., in merito alla discrezionalità con cui è stato interpretato dal giudice dell'Unione il requisito secondo cui eventuali limitazioni dei diritti garantiti dalla Carta «devono essere previste dalla legge».

reg. (CE) n. 659/1999 in materia di aiuti di Stato¹³¹), ossia in un contesto valoriale diverso e meno evoluto – sotto il profilo che qui rileva – rispetto a quello attuale.

Da tutto quanto sopra discende che il criterio interpretativo *unitario* appena delineato deve essere applicato per la risoluzione del problema del rapporto e del coordinamento tra disciplina generale sull'accesso (reg. (CE) n. 1049/2001) e normative settoriali. La materia del diritto di accesso, infatti, risulta "frammentata" in *molteplici* normative, che talvolta possono sovrapporsi a quella generale del citato regolamento, in quanto riguardano documenti che, sebbene attratti da una specifica disciplina *ratione materiae*, costituiscono comunque documenti elaborati o detenuti dalle istituzioni e, come tali, rientrano anche nel campo di applicazione del reg. (CE) n. 1049/2001¹³². Si pensi, a titolo di esempio, al caso dei documenti in possesso della Commissione relativi ad una procedura in materia *antitrust*. In tale ipotesi, possono venire in rilievo sia il diritto di accesso al fascicolo istruttorio ai sensi degli artt. 41, par. 2, lett. b), Carta e 27, par. 2, reg. (CE) n. 1/2003¹³³, sia il diritto di accesso ai documenti in possesso delle istituzioni europee (tra le quali, per l'appunto, la Commissione) di cui all'art. 42 Carta ed al reg. (CE) n. 1049/2001.

Nella gran parte dei casi, le normative di settore sono improntate ad un atteggiamento di maggior chiusura rispetto al reg. (CE) n. 1049/2001, con la conseguenza che quest'ultimo potrebbe venire utilizzato dai richiedenti accesso per aggirare le normative di settore più restrittive. Ma può anche verificarsi il caso opposto in cui taluni documenti, suscettibili di essere diffusi in forza delle regole settoriali sull'accesso, non potrebbero essere resi pubblici in forza del reg. (CE) n. 1049/2001. Ciò accade in quanto la normativa generale e quelle settoriali perseguono obiettivi non sempre sovrapponibili, pur conducendo al medesimo risultato funzionale (*i.e.* l'accesso o il diniego di accesso al documento richiesto).

Una tale situazione pone problematiche di interferenza particolarmente delicate, ove si consideri che i Trattati non prevedono una gerarchia esplicita tra norme di pari livello e che la scelta dell'una o dell'altra regola incide sul maggior o minor grado di tutela che può essere volta per volta assicurato al richiedente

¹³¹ Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del trattato CE [ora art. 108 TFUE], in *GUCE*, L 83 del 27 marzo 1999, p. 1 ss.

¹³² Lo osserva A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 249.

¹³³ Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato [ora artt. 101 e 102 TFUE], in *GUCE*, L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

accesso e, in sostanza, determina la portata più o meno ampia del diritto di accesso. Ne deriva che tale questione, nei termini prospettati, rappresenta oggi il terreno su cui si misurano con maggiore evidenza l'effettività e l'incidenza (o l'ineffettività e la non incidenza) delle garanzie e degli obblighi rafforzati introdotti con la riforma di Lisbona a tutela del diritto di accesso.

A livello normativo, le sole indicazioni per la soluzione della problematica *de qua* possono trarsi dal reg. (CE) n. 1049/2001, mancando per il resto, nelle discipline di settore, norme di coordinamento o norme che sanciscano la prevalenza della disciplina speciale su quella generale in tema di accesso.

In particolare, l'art. 2, par. 6, prevede che il reg. (CE) n. 1049/2001 «*non pregiudica i diritti di accesso del pubblico a documenti in possesso delle istituzioni che possono derivare da strumenti di diritto internazionale o da atti delle istituzioni volti a dar loro esecuzione*»¹³⁴. Ne consegue che gli *standard* internazionali di trasparenza non possono essere oggetto di una tutela *in peius* derivante dall'applicazione del reg. (CE) n. 1049/2001¹³⁵.

Inoltre, l'art. 18, par. 3, del reg. (CE) n. 1049/2001 obbliga la Commissione a procedere, entro sei mesi dall'entrata in vigore di tale atto, ad un esame della conformità di tutte le normative settoriali esistenti rispetto al regolamento medesimo¹³⁶. Tale disposizione implementa, sotto il profilo operativo, il considerando n. 16 del regolamento, ove si afferma che: «*tutte le disposizioni concernenti l'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni dovrebbero conformarsi al presente regolamento*». La *ratio* della norma, se ne desume, consiste nell'assicurare uno *standard* normativo conforme a quello imposto dal reg. (CE) n. 1049/2001.

¹³⁴ L'art. 2, par. 6, reg. (CE) n. 1049/2001 si riferisce, con tutta probabilità (cfr. S. PEERS, *The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*, cit., p. 426), alla già citata convenzione di Aarhus in materia di accesso all'informazione ambientale (si v. la precedente nota n. 71). Essa contiene soluzioni evolute e decisamente più favorevoli all'accesso del pubblico alla documentazione ambientale, rappresentando uno *standard* di tutela più elevato rispetto a quello garantito dal reg. (CE) n. 1049/2001. Si ricorda che nell'ordinamento europeo è stata data esecuzione a tale convenzione internazionale tramite il reg. (CE) n. 1367/2006.

¹³⁵ Lo osserva M. E. DE LEEUW, *The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?*, cit., p. 329.

¹³⁶ La Commissione ha ritenuto compatibili con il regolamento le oltre cento normative speciali sull'accesso (ad eccezione della sola disciplina degli archivi storici, che è stata allineata alle disposizioni del reg. (CE) n. 1049/2001, in forza del suo art. 18, par. 2): cfr. relazione della Commissione sull'applicazione nel 2002 del Regolamento n. 1049/2001, COM(2003) 216 def., p. 8. Esprime perplessità rispetto alla conclusione cui è giunta la Commissione A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 253.

E' interessante osservare che l'obbligo di riesame delle regole di settore in materia di accesso alla luce del reg. (CE) n. 1049/2001 è stato introdotto nel *draft* finale della proposta di regolamento¹³⁷ su insistenza del Parlamento europeo, che intendeva attribuire all'emanando regolamento priorità sulle altre legislazioni di settore¹³⁸. Diversamente, nella proposta originaria, la Commissione aveva promosso la soluzione opposta, favorevole all'inapplicabilità del reg. (CE) n. 1049/2001 in tutti i casi attratti nel campo di applicazione delle normative di settore, dando rilevanza, per tale via, al criterio di specialità¹³⁹. Ciò dimostra l'evidente tensione in rapporto a tale problematica già durante i lavori preparatori del regolamento¹⁴⁰.

Ad ogni modo, in base all'art. 2, par. 6, ed all'art. 18, par. 3, del reg. (CE) n. 1049/2001 sopra riportati, si ricava che il reg. (CE) n. 1049/2001 non può ritenersi inapplicabile per il solo fatto che entrano in gioco normative speciali sull'accesso, né si sostituisce ad esse quale unica regola applicabile¹⁴¹. In altre parole, come

¹³⁷ Proposta modificata di regolamento, COM(2001) 299 def., in *GUCE*, C 240 E del 28 agosto 2001, p. 165. ss.

¹³⁸ Cfr. relazione del Parlamento europeo A5-0318/2000 (finale), del 27 ottobre 2000, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, spec. pp. 18-19: «dato che l'articolo 255 del trattato va considerato come un principio costituzionale (come ad esempio nel caso dell'articolo 202 TCE) i limiti e i diritti sanciti da tale articolo non possono essere modificati da regolamenti adottati sulla base di altre disposizioni dei trattati CE e UE (anche se il trattato non prevede esplicitamente una gerarchia di norme)»; p. 68 e, in termini simili, p. 85: «lo scopo principale di questo emendamento è di garantire che il regolamento risponda agli obiettivi fondamentali dei trattati così come sono definiti, in particolare, all'articolo 1, paragrafo 2 del TUE, ai sensi del quale le decisioni in seno all'Unione devono essere "prese nel modo più trasparente possibile". Tale obiettivo non si conseguirebbe se i diritti conferiti dal presente regolamento potessero essere limitati da norme non specificate al di fuori dello stesso».

¹³⁹ COM(2000) 30 def./2, in *GUCE*, C 177 E del 27 giugno 2000, p. 70 ss. L'art. 2, par. 2, co. 2, della proposta prevedeva, infatti, che il regolamento «non si applica ove esistano regole speciali sull'accesso ai documenti». Cfr. anche il considerando n. 7.

¹⁴⁰ Sui lavori preparatori si v. *amplius*: B. BJURULF, O. ELGSTROM, *Negotiating Transparency: The Role of Institutions*, in *JCMS*, 2004, p. 249 ss.; A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., pp. 250; I. SIMONSSON, *Technische Glaswerke IImenau v. Commission: Access to Documents under Regulation 1049/2001. CFI Reinforces Openness and Transparency*, in *EStAL*, 2007, p. 325 ss. e spec. p. 329.

¹⁴¹ Cfr. N. DIAMANDOUROS, *Openness and Access to Documents*, in *EStAL*, 2008, p. 654 ss. e spec. p. 655: «it is the view of the European Ombudsman that these Regulations operate alongside Regulation 1049/2001. In sum, the application of these Regulations does not exclude the possibility that public access may also be granted to document related to such investigations subject to the conditions set out in Regulation 1049/2001 [...] the European Ombudsman does not agree that a request for public access to documents should not be

osservato in dottrina¹⁴², il reg. (CE) n. 1049/2001 dovrebbe entrare in gioco alla stregua di uno *standard minimo* di tutela per i richiedenti accesso, intervenendo in via suppletiva nel caso di normative meno garantiste, onde assicurare un nucleo essenziale di protezione al diritto di accesso.

Una soluzione simile era già stata prospettata nella situazione antecedente all'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1049/2001. Il previgente Codice di condotta del 1993¹⁴³, nell'introdurre i principi generali per la disciplina dell'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni, precisava che: «*i suddetti principi non pregiudicano le disposizioni applicabili all'accesso ai fascicoli riguardanti direttamente le persone che hanno per essi un interesse specifico*».

Secondo la giurisprudenza, «*con tale considerazione si afferma che le disposizioni che disciplinano il diritto d'accesso all'informazione adottate dalla Commissione non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni specifiche relative all'accesso ai fascicoli. Inoltre, essa non esclude che ci si possa avvalere del codice di condotta anche se sono applicabili altre disposizioni*»¹⁴⁴. La dottrina si era spinta ancora più oltre e, commentando il caso *JT's Corporation*, aveva osservato che: «*the pre-Regulation case law of the Court thus provided that where there were different rules that could apply to*

analysed simply because interested parties may also have a privileged right of access to the same documents».

¹⁴² In tal senso M. E. DE LEEUW, *The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?*, cit., p. 330, ove l'A. afferma che il reg. (CE) n. 1049/2001 «becomes the main instrument that regulates access to documents drawn up or received by the three institutions and prevails over all secondary rules on access to documents and confidentiality. If this means that the Regulation becomes the minimum level of openness guaranteed in the EU, than this provision must be welcomed. If this means that the Regulation becomes the only measure [...] and hence wider access rights, for example for persons with a particular interest, must be deleted, this provision deteriorates the position under the former system on access to documents as interpreted by the CFI». Cfr., in termini parzialmente difformi, S. PEERS, *The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*, cit., p. 427, ove l'A. afferma che: «this may mean an increase in standards in some cases, but a reduction in others, and so it is unfortunate that the pre-Regulation case law on this point will be altered. But in the interim, to the extent that there are still some specific rules which differ from the rules in the Regulation, it should logically follow that the pre-Regulation case law still applies». Si v. anche le riflessioni di A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, cit., p. 478 ss.; ID., *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., pp. 251-252.

¹⁴³ Si rimanda per approfondimenti alla precedente nota n. 9.

¹⁴⁴ Trib. 7 dicembre 1999, causa T-92/98, *Interporc c. Commissione (Interporc II)*, pt. 45. Si v. *amplius* sul punto M. E. DE LEEUW, *The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?*, cit., pp. 329-330 e riferimenti giurisprudenziali ivi citati.

access to documents, the rules could be applied simultaneously if there was no conflict between them; but in the event of a conflict, the public access rules took precedence»¹⁴⁵.

Il meccanismo di raccordo tra normativa generale e normative settoriali sull'accesso ai documenti basato sul criterio dello *standard* minimo può ritenersi, oggi, conforme allo *status* rafforzato che il diritto di accesso ha acquisito in seguito alla riforma di Lisbona.

Esso, tuttavia, non è privo di criticità nella sua implementazione pratica e non risulta consolidato sotto il profilo operativo, nonostante il decorso di ben tre lustri dall'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1049/2001. Indicazioni della perdurante sussistenza di una problematica di coordinamento possono rinvenirsi in numerosi documenti delle istituzioni, ove si esprime la necessità di chiarire la relazione fra le regole disciplinanti l'accesso non procedimentale e l'accesso al fascicolo, al fine di evitare incoerenze¹⁴⁶.

¹⁴⁵ S. PEERS, *The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*, cit., pp. 426-427, che si riferisce specificamente alla sentenza Trib. 12 ottobre 2000, causa T-123/99, *JT's Corporation c. Commissione*, in particolare pt. 50.

¹⁴⁶ In questi termini si v., ad es., Libro verde della Commissione: accesso del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni della Comunità europea. Esame della situazione, COM 2007(185) def., del 18 aprile 2007, punto 1.4. Interessante è anche il pt. 6, ove, con riferimento all'accesso all'informazione ambientale, la Commissione rileva la necessità di integrare tale ipotesi nel regime generale sull'accesso previsto dal reg. (CE) n. 1049/2001: «si potrebbe instaurare un regime specifico che disciplini il diritto d'accesso alle informazioni in materia ambientale, oppure modificare le disposizioni del regolamento 1049/2001, per renderle pienamente e integralmente compatibili con quelle del regolamento 1307/2006, il che permetterebbe di mantenere un regime unico per l'accesso alle informazioni in materia ambientale e a quelle detenute dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione. La seconda ipotesi permetterebbe di offrire al cittadino una maggiore chiarezza giuridica, seppure regimi diversi continuerebbero a esistere per altre istituzioni e altri organi comunitari». Per un esame delle proposte contenute nel citato Libro verde si v. in dottrina M. MAES, *L'accès du public aux documents des Institutions de la Communauté européenne: vers une révision du règlement (CE) 1049/2001*, cit., p. 424 ss. Cfr. anche proposta di risoluzione comune sulla situazione di stallo della revisione del regolamento (CE) n. 1049/2001 (2013/2637(RSP)) del Parlamento europeo, del 10 giugno 2013, pt. 7.

Anche nelle due proposte di revisione del reg. (CE) n. 1049/2001¹⁴⁷ il tema è stato affrontato, con soluzioni divergenti e criticate¹⁴⁸. In particolare, nella proposta di modifica del 2008, la Commissione aveva previsto l'esclusione dal campo di applicazione del regolamento per i documenti connessi all'esercizio dei poteri di indagine delle istituzioni, sostenendo la necessità di applicare, in tali ipotesi, solo le specifiche regole del caso, poiché conferire un diritto di accesso più ampio ai sensi del reg. (CE) n. 1049/2001 avrebbe significato «sabotare» le regole di settore¹⁴⁹. Pertanto, veniva proposta l'aggiunta al testo del regolamento di un articolo 2, par. 6, che così prevedeva: «*fatti salvi gli specifici diritti di accesso delle parti interessate ai sensi del diritto comunitario, non sono accessibili al pubblico i documenti di un fascicolo amministrativo di indagine o di un procedimento riguardante un atto amministrativo di portata individuale, finché l'indagine non sia conclusa o l'atto definitivo. Non sono accessibili al pubblico i documenti contenenti informazioni che un'istituzione abbia raccolto ovvero ottenuto da persone fisiche o giuridiche nell'ambito dell'indagine*». La prevalenza della regola di settore veniva sancita anche con riferimento all'accesso ai documenti contenenti dati di carattere personale¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, presentata dalla Commissione in data 30 aprile 2008, COM(2008) 229 def. e proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, COM(2011) 137 def./2, del 30 marzo 2011. La proposta di revisione del 2008 fa seguito al primo rapporto della Commissione sulla valutazione dell'attuazione del reg. (CE) n. 1049/2001, COM(2004) 45 def., del 30 gennaio 2004, ed alla risoluzione del Parlamento europeo P6_TA(2006)0122, A6-0052/2006, del 4 aprile 2006, che chiedeva di implementare e rafforzare la normativa europea in materia di trasparenza e di accesso. Tra la prima proposta del 2008 e la seconda del 2011, il 2 dicembre 2009, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Commissione ha approvato la comunicazione COM(2009) 665 def., con cui è stata aggiornata la base giuridica della proposta originaria, senza tuttavia procedere a modificarne il contenuto. La proposta del 2011 mira essenzialmente ad estendere il campo di applicazione soggettiva del regolamento a tutte le istituzioni, organi ed organismi europei, per allineare la normativa sull'accesso alla nuova base giuridica di cui all'art. 15, par. 3, TFUE introdotta con la riforma di Lisbona. Si v. in proposito P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, in *CMLRev*, 2011, p. 1215 ss. e spec. p. 1220.

¹⁴⁸ Si v., per tutti, S. PEERS, *Proposal on Access to Documents: Article-by-Article commentary*, 2008, disponibile *on line* al sito www.statewatch.org/foi/foi.htm; D. ADAMSKI, *How wide is "the widest possible"? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited*, cit., p. 521 ss. e dottrina ivi citata.

¹⁴⁹ Proposta di regolamento del 2008, COM(2008) 229 def., pt. 3.2.

¹⁵⁰ *Ibidem*, art. 4, par. 5, 2° periodo, ove si afferma che: «altri dati personali sono comunicati in conformità delle condizioni di legalità del trattamento di tali dati, di cui alla normativa

Tale soluzione non ha ricevuto il plauso né del Mediatore europeo, né della dottrina¹⁵¹ ed è stata respinta in prima lettura dal Parlamento europeo¹⁵². La questione costituisce una delle maggiori criticità che hanno rallentato il tortuoso iter di revisione del reg. (CE) n. 1049/2001 che, a distanza di otto anni dalla prima proposta di modifica, si trova ancora in una situazione di stallo.

Ne consegue che, in attesa della revisione a livello legislativo che assicuri la «lisbonizzazione»¹⁵³ del regolamento (CE) n. 1049/2001, il ruolo centrale resta affidato al giudice, cui spetta, in via ermeneutica – e, beninteso, nei limiti di una interpretazione che non si ponga *contra legem* – chiarire la relazione tra la normativa generale sull'accesso e le normative di settore, che interferiscono con il regolamento generale.

comunitaria sulla tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali». Per un commento alla norma si v. I. HARDEN, *The Revision of Regulation 1049/2001 on Public Access to Documents*, in *Eur. Public Law*, 2009, p. 239 ss. e spec. p. 249; P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1240, ove l'A. evidenzia che la norma in questione è stata oggetto di critiche da parte del Garante europeo della protezione dei dati, secondo cui la soluzione in essa proposta non consentiva di realizzare un corretto bilanciamento tra i diritti fondamentali in gioco (riservatezza da un lato ed accesso ai documenti dall'altro). Si v. su questo specifico profilo: *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, in *GUUE*, C 2 del 7 gennaio 2009, p. 7 ss.; *Review of relationship between transparency and data protection more urgent after Court ruling on Bavarian lager*, del 30 giugno 2010, disponibile on line al sito www.edps.europa.eu).

¹⁵¹ Cfr. N. DIAMANDOUROS, *Openness and Access to Documents*, cit., p. 656: «the European Ombudsman does not agree with the Commission's view that the rules on access set out in the specific Regulation applying to such investigations would be undermined if the public were to be granted access subject to the exceptions set out in Regulation 1049/2001»; I. HARDEN, *The Revision of Regulation 1049/2001 on Public Access to Documents*, cit., p. 255, osserva che tale esclusione sembra essenzialmente sorretta dall'esigenza di ridurre il carico amministrativo delle istituzioni conseguente alla gestione delle richieste di accesso, proprio nei casi in cui i fascicoli sono più voluminosi e complessi. Per una posizione diversa si v. L. IDOT, *Le règlement n° 1049/2001 doit-il s'appliquer aux «procédures concurrence»? À propos des affaires Technische Glaswerke Ilmenau, Odile Jacob et Agrofert*, in *Europe*, n. 10, 2010, p. 5 ss. e spec. p. 11.

¹⁵² Cfr. documento del Parlamento europeo P6_TA-PROV(2009)0114. Cfr. P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., pp. 1227-1228.

¹⁵³ L'espressione è utilizzata dal Parlamento europeo nella risoluzione del 12 giugno 2013 sulla situazione di stallo della revisione del regolamento (CE) n. 1049/2001 (2013/2637(RSP)) (2016/C 065/12) al pt. 5.

Orbene, un esame delle pronunce che hanno affrontato tale profilo¹⁵⁴ dimostra che i giudici, in assenza di norme che sanciscano in maniera espressa un criterio di prevalenza di una normativa sull'altra, ritengono necessario garantire un'applicazione della disciplina generale sull'accesso che risulti compatibile con quella settoriale volta per volta rilevante, onde consentire un'attuazione coerente di entrambe. La necessità di procedere ad una interpretazione integrata resta, però, un assunto di principio cui segue, nella risoluzione del caso pratico, una scelta della regola applicabile fortemente condizionata dal criterio di specialità. In altri termini, la preferenza viene di fatto accordata alla regola di settore, come si dimostrerà meglio *infra* in esito allo specifico esame giurisprudenziale del par. 3, in quanto l'applicazione della diversa (e più favorevole) regola generale di cui al reg. (CE) n. 1049/2001 pregiudicherebbe lo scopo della disciplina particolare e metterebbe in discussione il regime di accesso speciale (tendenzialmente più restrittivo) istituito dalle regole di settore. Tale soluzione trova conforto, nella ricostruzione del giudice dell'Unione, anche nelle seguenti ulteriori considerazioni: *a*) non rientra tra le finalità del reg. (CE) n. 1049/2001 quella di stabilire norme dirette a tutelare gli «*interessi specifici di cui una persona potrebbe avvalersi per ottenere la consultazione di un determinato documento*», essendo tale regolamento preordinato unicamente a garantire il diritto del *pubblico* in generale all'accesso ai documenti¹⁵⁵; *b*) l'attività amministrativa delle istituzioni non richiede un accesso ai documenti tanto ampio quanto quello riguardante l'attività legislativa¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Cfr. in particolare Corte giust. 29 giugno 2010, causa C-139/07 P, *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau*; 29 giugno 2010, causa C-28/08 P, *Commissione c. Bavarian Lager*; 21 settembre 2010, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Svezia e a. c. API e Commissione*; 28 giugno 2012, causa C-404/10 P, *Commissione c. Éditions Odile Jacob*, pt. 109 ss.; 28 giugno 2012, causa C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert*, pt. 52 ss.; 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 53 ss.; 27 febbraio 2014, causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW*, pt. 83 ss.; Trib. 29 gennaio 2013, cause riunite T-339/10 e T-532/10, *Cosepuri c. EFSA*; 25 settembre 2014, causa T-306/12, *Spirlea c. Commissione*; 12 maggio 2015, causa T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España c. Commissione*; 13 novembre 2015, cause riunite T-424/14 e T-425/14, *ClientEarth c. Commissione*.

¹⁵⁵ Cfr. ad esempio Corte giust. 1 febbraio 2007, causa C-266/05 P, *Sison c. Consiglio*, pt. 43 ss.; 14 luglio 2016, causa C-271/15 P, *Sea Handling c. Commissione*, pt. 97 ss.; Trib. 12 maggio 2015, causa T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España c. Commissione*, pt. 86 ss.

¹⁵⁶ Cfr. in particolare Corte giust. 29 giugno 2010, causa C-139/07 P, *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau*, pt. 60; 21 settembre 2010, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Svezia e a. c. API e Commissione*, pt. 77; Trib. 9 settembre 2008, causa T-403/05, *MyTravel c. Commissione*, pt. 49, confermato sul punto in sede di impugnazione da Corte giust. 21 luglio 2011, causa C-506/08 P, *Svezia c. MyTravel e Commissione*, pt. 87, disattendendo le

Da tale impostazione consegue la negazione del *favor* per l'accesso generalizzato. Un tale risultato difficilmente può corrispondere ad una lettura armonizzata con il reg. (CE) n. 1049/2001 e con gli obblighi rafforzati in materia di accesso ai documenti introdotti dalla riforma di Lisbona¹⁵⁷. Esso, anzi, sembra minare «l'equilibrio che il legislatore dell'Unione ha voluto garantire»¹⁵⁸ tra normativa di settore e normativa generale, soprattutto tenendo conto che il criterio alternativo – *i.e.* quello suppletivo – conduce ad esiti maggiormente conformi allo spirito della riforma, consentendo sia di compensare il *deficit* di accesso dei regimi settoriali più restrittivi, sia di lasciare spazio ai regimi settoriali contenenti regole più ampie in tema di accesso. Su tali aspetti si tornerà *infra*, in esito all'esame della giurisprudenza che sarà condotto nel successivo par. 3.

2. Le peculiarità della normativa sugli aiuti di Stato che giustificano la scelta di questo settore come parametro della consistenza del diritto di accesso in seguito all'entrata in vigore della riforma di Lisbona

Il settore in cui emerge con maggior evidenza la tensione tra il reg. (CE) n. 1049/2001 (improntato ad una chiara apertura) e la disciplina di settore (caratterizzata da forte chiusura)¹⁵⁹ ed in cui si misura in modo più emblematico

conclusioni in senso contrario dell'avvocato generale Kokott, presentate in data 3 marzo 2011, pt. 63, ove si legge: «ciò non significa, tuttavia, che nel campo dell'attività amministrativa l'accesso ai documenti sia escluso. Per quanto il regolamento n. 1049/2001 sia inteso a determinare una trasparenza ancora più ampia nell'ambito legislativo, l'art. 2, n. 3, tuttavia, prevede espressamente l'accesso ai documenti concernenti tutti i settori di attività dell'Unione. Già il secondo 'considerando' del regolamento n. 1049/2001 pone in rilievo che questa politica di trasparenza garantisce una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione – e dunque non solo del legislatore – nei confronti dei cittadini in un sistema democratico».

¹⁵⁷ In dottrina si v. P. LEINO, *Minding the gap in European administrative law: on lacunae, fragmentation and the prospect of a brighter future*, in www.europarl.europa.eu/studies, 2011, p. 1 ss. e spec. 12: «it can hardly be a sustainable option that special access rules, no matter how limited, would always restrict public access, independently of whether granting access to the information would cause any harm or not».

¹⁵⁸ Corte giust. 29 giugno 2010, causa C-28/08 P, *Commissione c. Bavarian Lager*, pt. 56.

¹⁵⁹ P. IANNUCELLI, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia, tra dialogo con gli ordinamenti nazionali e tutela dei diritti della difesa*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA, P. DE CESARI (a cura di), *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato nell'Unione europea: problemi sostanziali e equo processo. Convegno Interinale SIDI, 10 febbraio 2012*, Napoli, 2013, p. 83 ss. e spec. p. 95, ove l'A. osserva che, in tale settore, emergono «delicati» problemi di coordinamento.

il grado di incidenza delle garanzie introdotte dalla riforma di Lisbona a tutela del diritto di accesso è rappresentato dalla materia degli aiuti di Stato.

Ciò dipende da molteplici fattori.

Anzitutto, in tale ambito, la disciplina di settore – costituita dal già citato reg. (CE) n. 659/1999, da ultimo modificato in forza del reg. (UE) n. 734/2013¹⁶⁰, e poi abrogato e confluito nell'attuale regolamento di procedura, il reg. (UE) n. 2015/1589¹⁶¹ – non prevede alcun diritto di accesso al fascicolo istruttorio per le parti (diverse dallo Stato membro) interessate dalla procedura di indagine *ex art.* 108, par. 2, TFUE (*i.e.*, tipicamente, il beneficiario dell'aiuto e le imprese concorrenti).

A tale vuoto di tutela, riscontrabile sin dal reg. (CE) n. 659/1999, non è stato posto rimedio nemmeno in occasione dei recenti interventi di modernizzazione della disciplina appena sopra richiamati. Se è vero, infatti, che il reg. (CE) n. 659/1999 risale a ben dieci anni prima del Trattato di Lisbona ed è addirittura antecedente alla prima proclamazione della Carta a Nizza, il nuovo regime procedurale di cui al reg. (UE) n. 2015/1589 è successivo alla riforma. Ciò nonostante, esso non si allinea agli obiettivi di trasparenza introdotti dal nuovo Trattato e conferma il carattere strettamente bilaterale della procedura tra Commissione e Stato membro, a detrimento dei terzi interessati, cui non viene concesso alcun diritto di accesso al fascicolo istruttorio afferente ad una indagine su una misura di aiuto¹⁶².

In sostanza, le parti interessate diverse dallo Stato membro, responsabile dell'erogazione dell'aiuto, hanno esclusivamente la possibilità di: (i) presentare osservazioni in seguito ad una decisione della Commissione di dare inizio al procedimento di indagine formale; (ii) presentare denuncia per informare la Commissione di presunti aiuti illegali e presunte attuazioni abusive di aiuti ed

¹⁶⁰ Regolamento (UE) n. 734/2013 del Consiglio, del 22 luglio 2013, che modifica il regolamento (CE) n. 659/1999 recante modalità di applicazione dell'art. 93 del trattato CE [ora art. 108 TFUE], in *GUUE* L 204, del 31 luglio 2013, p. 15 ss.

¹⁶¹ Regolamento (UE) n. 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in *GUUE* L 248 del 24 settembre 2015, p. 9 ss., entrato in vigore a partire dal 14 ottobre 2015.

¹⁶² Per alcune prime valutazioni in tal senso sull'impatto della riforma delle regole procedurali in materia di aiuti di Stato si v. F.-C. LAPRÉVOTE, *A Missed Opportunity? State aid Modernization and Effective Third Parties Rights in State aid Proceedings*, in *EStAL*, 2014, p. 426 ss.; H. P. NEHL, *2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to Exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection*, in *EStAL*, 2014, p. 235 ss.; E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Private Parties and State Aid Procedures: a critical analysis of the changes brought by regulation 734/2013*, in *CMLRev*, 2016, p. 385 ss.

essere chiamate a presentare osservazioni in merito; (iii) ricevere, in caso di denuncia, copia della decisione adottata sul caso riguardante l'oggetto della denuncia; (iv) prendere visione delle decisioni della Commissione adottate nel corso ed al termine del procedimento di indagine¹⁶³. Non è invece per esse previsto alcun diritto di accedere alle risposte dello Stato membro alle loro osservazioni, così come alle osservazioni di altre parti interessate, ai documenti interni della *DG Competition*, ai pareri elaborati da altri servizi della Commissione (ad es. il servizio legale), e più in generale, ai documenti scambiati e alla corrispondenza intercorsa tra lo Stato membro e la Commissione o tra il denunciante e la Commissione.

Tali soggetti hanno essenzialmente il ruolo di fonti di informazione¹⁶⁴, in quanto, nella sistematica degli aiuti di Stato, essi non sono mai stati considerati "parti" in senso tecnico del procedimento, che si svolge tra Commissione e Stato membro responsabile dell'erogazione dell'aiuto, e quindi non hanno diritto ad un dibattito in contraddittorio quale quello previsto per lo Stato membro nei cui confronti è stata avviata l'indagine.

Tale assetto normativo rispecchia, codificandolo, un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui i diritti processuali delle imprese beneficiarie degli aiuti e delle imprese concorrenti sono sufficientemente garantiti ove esse siano state invitate a depositare le loro osservazioni nell'ambito del

¹⁶³ Cfr. art. 24 del reg. (UE) 2015/1589, rubricato "*Diritti degli interessati*": «ogni parte interessata può presentare osservazioni, a norma dell'articolo 6, in seguito ad una decisione della Commissione di dare inizio al procedimento d'indagine formale. A ogni parte interessata che abbia presentato osservazioni e a ogni beneficiario di aiuti individuali viene trasmessa copia della decisione adottata dalla Commissione a norma dell'articolo 9. Ogni parte interessata può presentare denuncia per informare la Commissione di presunti aiuti illegali o della presunta attuazione abusiva di aiuti [...] La Commissione invia copia al denunciante della decisione adottata su un caso riguardante l'oggetto della denuncia. A sua richiesta, ogni parte interessata ottiene copia di qualsiasi decisione adottata a norma degli articoli 4 e 9, dell'articolo 12, paragrafo 3, e dell'articolo 13». Nel previgente reg. (CE) n. 659/1999 i diritti degli interessati erano disciplinati nell'art. 20.

¹⁶⁴ «The role of the parties concerned is essentially the function of information sources for the Commission»: I. SIMONSSON, *Technische Glaswerke Ilmenau v. Commission: Access to Documents under Regulation 1049/2001. CFI Reinforces Openness and Transparency*, cit., p. 325. Si v. anche P. NICOLAEDIS, M. KEKELEKIS, M. KLESI, *State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice*, Alphen aan den Rijn, 2008, 2°. Si tenga presente che, nell'impianto del nuovo reg. (UE) 2015/1589, la richiesta di informazioni da parte della Commissione alle parti interessate diviene un istituto centrale per la buona riuscita delle indagini e viene fortemente valorizzata attraverso una disciplina specifica e rigorosa (cfr. art. 7 e 8 e considerando n. 9, 10 e 11).

procedimento, senza che sia necessario attribuire loro un diritto di accesso al fascicolo istruttorio¹⁶⁵.

Si tratta dunque di un settore in cui si riscontra una completa assenza, confermata in via pretoria, di previsioni a protezione del diritto di accesso nella normativa di settore.

Diversa è la situazione nel caso delle altre normative settoriali, in quanto esse contengono disposizioni specifiche sull'accesso ai documenti per le parti interessate, sebbene tale diritto sia soggetto a criteri ed eccezioni differenti rispetto a quelle del reg. (CE) n. 1049/2001. In tali ipotesi, dunque, insorge la necessità di coordinare livelli – superiori o inferiori – di tutela del diritto di accesso “speciale” rispetto a quelli garantiti dal regolamento generale; operazione che, invece, non potrebbe avvenire in materia di aiuti, ove la normativa di settore è completamente silente in tema di diritto di accesso e tale silenzio è inteso alla stregua di una negazione *totale* del diritto estesa all'*intero* fascicolo istruttorio.

In disparte i casi in cui il reg. (CE) n. 1049/2001 è stato reso applicabile ad istituzioni, organi e organismi dell'Unione diversi da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione tramite una modifica dei loro regolamenti interni, in attesa di una revisione del reg. (CE) n. 1049/2001 che ne estenda il campo di applicazione a tutti agli enti europei – è possibile individuare, a titolo esemplificativo, le seguenti principali ipotesi di normative di settore che sanciscono diritti di accesso “speciali”.

In primo luogo, si può fare riferimento al diritto economico (ad eccezione, come detto, della materia degli aiuti di Stato, che costituisce ipotesi peculiare per la totale assenza di norme sull'accesso). Si pensi, ad esempio, all'art. 27, par. 2, del già citato reg. (CE) n. 1/2003 in materia di procedure concorrenziali¹⁶⁶, agli artt. 8,

¹⁶⁵ Cfr., ad esempio, Corte giust. 10 luglio 1986, causa 234/84, *Belgio c. Commissione*; 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano c. Commissione*, pt. 81-82; 6 ottobre 2005, causa C-276/03 P, *Scott c. Commissione*; 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione c. Government of Gibraltar*, pt. 181; Trib. 6 marzo 2002, cause riunite T-127/99, T-129/99 e T-148/99, *Diputación Foral de Álava e a. c. Commissione*; 30 aprile 2002, cause riunite T-195/01 e T-207/01, *Government of Gibraltar c. Commissione*, pt. 144; 14 gennaio 2004, causa T-109/01, *Fleuren Compost c. Commissione*; 1° luglio 2010, causa T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni c. Commissione*, pt. da 161 a 163.

¹⁶⁶ L'art. 27, par. 2, del reg. (CE) n. 1/2003 recita: «nel corso del procedimento sono pienamente garantiti i diritti di difesa delle parti interessate. Esse hanno diritto d'accesso al fascicolo della Commissione, fermo restando il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali. Sono esclusi dal diritto di accesso le informazioni riservate e i documenti interni della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Sono esclusi specificamente dal diritto di accesso gli scambi di corrispondenza fra la

15 e 16 del reg. (CE) n. 773/2004 (il relativo regolamento di applicazione)¹⁶⁷; agli artt. 17 e 18, par. 3, del reg. (CE) n. 139/2004 in materia di controllo delle concentrazioni tra imprese¹⁶⁸, nonché all'art. 17 del reg. (CE) n. 802/2004 (il

Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o fra queste ultime, compresi i documenti redatti ai sensi degli articoli 11 e 14. Nessuna disposizione del presente paragrafo può impedire alla Commissione la divulgazione e l'utilizzo delle informazioni necessarie a dimostrare l'esistenza di un'infrazione».

¹⁶⁷ Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE [ora artt. 101 e 102 TFUE], in *GUUE*, L 123 del 27 aprile 2004, p. 18 ss. L'art. 8 stabilisce che: «quando la Commissione ha informato il denunciante che essa intende respingere la denuncia a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, il denunciante può chiedere accesso ai documenti sui quali si fonda la valutazione provvisoria della Commissione. Al denunciante non può tuttavia essere conferito l'accesso ai segreti aziendali o alle altre informazioni riservate appartenenti ad altri soggetti che partecipano al procedimento. Il denunciante può usare i documenti cui ha avuto accesso nell'ambito del procedimento svolto dalla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 [ora artt. 101 e 102 TFUE] unicamente nei procedimenti giudiziari o amministrativi intesi all'applicazione di tali articoli». Il successivo art. 15 prevede che: «su richiesta, la Commissione conferisce l'accesso al fascicolo alle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti. L'accesso è conferito dopo la notifica della comunicazione degli addebiti. Dal diritto di accesso al fascicolo sono esclusi i segreti aziendali, le altre informazioni riservate e i documenti interni della Commissione o delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. È parimenti esclusa la corrispondenza, contenuta nel fascicolo, fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri oppure fra queste ultime. Nessuna disposizione del presente regolamento osta a che la Commissione riveli e usi le informazioni necessarie a dimostrare la violazione degli articoli 81 e 82 del trattato [ora artt. 101 e 102 TFUE]. I documenti ottenuti accedendo al fascicolo ai sensi del presente articolo possono essere usati solo nell'ambito di procedimenti giudiziari o amministrativi intesi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato [ora artt. 101 e 102 TFUE]». Infine, l'art. 16 recita: «le informazioni, anche documentali, non possono essere comunicate o rese accessibili dalla Commissione se contengono segreti aziendali o altre informazioni riservate. Chiunque comunichi osservazioni ai sensi [...] del presente regolamento o comunichi successivamente ulteriori informazioni alla Commissione nel corso dello stesso procedimento, deve indicare chiaramente le informazioni che ritiene riservate e fornire una versione distinta e non riservata entro il termine stabilito dalla Commissione per la presentazione delle osservazioni. Fermo restando il paragrafo 2 del presente articolo, la Commissione può chiedere alle imprese e associazioni di imprese, che producono documenti o dichiarazioni ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003, di individuare i documenti o le parti di documenti che a loro avviso contengono segreti aziendali o altre informazioni riservate ad esse appartenenti e di indicare le imprese riguardo alle quali tali documenti devono essere considerati riservati. La Commissione può altresì chiedere alle imprese o associazioni di imprese di individuare l'eventuale parte della comunicazione degli addebiti, dell'esposizione sommaria dei fatti ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003 o della decisione adottata dalla Commissione che, a loro avviso, contiene segreti aziendali».

¹⁶⁸ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GUUE*, L del 29 gennaio 2004, p. 1 ss. L'art. 17 prevede

relativo regolamento di applicazione)¹⁶⁹. In base a tali disposizioni, la Commissione ha il dovere di conferire alle parti interessate il loro diritto di accesso al fascicolo istruttorio, con alcune eccezioni legate a talune tipologie di documenti non divulgabili (ad es. i documenti interni della Commissione e gli scambi di corrispondenza fra la Commissione e le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri), «*al fine di assicurare il rispetto integrale dei loro diritti di difesa nel corso del procedimento*»¹⁷⁰.

Inoltre, si può prendere in esame la normativa concernente il trattamento dei dati di carattere personale, di cui al reg. (CE) n. 45/2001¹⁷¹ e al recente “pacchetto

che: «le informazioni raccolte in applicazione del presente regolamento possono essere utilizzate soltanto per lo scopo, per l'indagine o per l'audizione per il quale sono state richieste. Fatti salvi l'articolo 4, paragrafo 3, e gli articoli 18 e 20, la Commissione e le autorità competenti degli Stati membri, [...] sono tenuti a non divulgare le informazioni raccolte a norma del presente regolamento e che, per la loro natura, sono protette dal segreto d'ufficio». L'art. 18, par. 3, stabilisce che: «la Commissione fonda le proprie decisioni soltanto sulle obiezioni in merito alle quali gli interessati hanno potuto fare osservazioni. Nello svolgimento del procedimento i diritti della difesa sono pienamente garantiti. Almeno le parti direttamente interessate possono prendere conoscenza del fascicolo, rispettando l'interesse legittimo delle imprese a che non vengano divulgati i segreti relativi ai loro affari».

¹⁶⁹ Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GUU*, L 133 del 30 aprile 2004, p. 1 ss. e successiva rettifica pubblicata in *GUUE*, L 172 del 6 maggio 2004, p. 9. L'art. 17 recita: «su richiesta, la Commissione concede alle parti alle quali ha indirizzato una comunicazione delle obiezioni di accedere al fascicolo al fine di consentire l'esercizio dei loro diritti di difesa. L'accesso è concesso dopo l'invio della comunicazione delle obiezioni. La Commissione, su loro richiesta, concede anche alle altre parti interessate che sono state informate delle obiezioni di accedere al fascicolo, nella misura necessaria perché queste possano preparare le loro osservazioni. Il diritto di accesso al fascicolo non si estende alle informazioni riservate né ai documenti interni della Commissione o delle autorità competenti degli Stati membri. Il diritto di accesso al fascicolo non si estende neppure alla corrispondenza tra la Commissione e le autorità competenti degli Stati membri o tra queste ultime. I documenti ottenuti grazie all'accesso al fascicolo a norma del presente articolo possono essere utilizzati solo ai fini del relativo procedimento a norma del regolamento (CE) n. 139/2004».

¹⁷⁰ Cfr. comunicazione della Commissione - Modifiche alla comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE [ora artt. 101 e 102 TFUE], degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, in *GUUE*, C 256 del 5 agosto 2015, p. 3 ss.

¹⁷¹ Regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, in *GUCE* L 8 del 12 gennaio 2001, p. 22 ss.

protezione dati” costituito dal reg. (UE) n. 2016/679¹⁷² e dalla direttiva (UE) n. 2016/680¹⁷³, che prevede disposizioni specifiche in relazione all’accesso ai documenti che contengono dati personali. Sul punto, si evidenzia che l’eccezione al diritto di accesso prevista dall’art. 4, par. 1, lett. b), del reg. (CE) n. 1049/2001 a tutela della vita privata e dell’integrità dell’individuo deve essere applicata «*in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali*»¹⁷⁴.

Oltre a ciò, può venire in rilievo la normativa sugli appalti pubblici finanziati dal bilancio dell’Unione. Quest’ultima, pur essendo improntata al rispetto principio di trasparenza nell’espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, prevede limitazioni al diritto di accesso ai documenti necessarie per tutelare altri interessi meritevoli. L’art. 112, par. 2, co. 2, del regolamento finanziario dell’Unione¹⁷⁵, infatti, consente di omettere dalla comunicazione dell’autorità aggiudicatrice all’offerente non aggiudicatario le caratteristiche ed i vantaggi dell’offerta prescelta ed il nome dell’aggiudicatario, ove ciò si renda necessario a proteggere interessi meritevoli (come, ad es., gli interessi commerciali delle altre imprese ed il principio della leale concorrenza fra le imprese).

Ancora, si può prendere in considerazione l’accesso ai documenti in materia ambientale, disciplinato dal già ricordato reg. (CE) n. 1367/2006, che applica le

¹⁷² Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, (regolamento generale sulla protezione dei dati), in *GUUE*, L 119 del 4 maggio 2016, p. 1 ss., entrato in vigore il 24 maggio 2016 ed applicabile in tutti gli Stati membri a decorrere dal 25 maggio 2018 (cfr. art. 99). Il nuovo regolamento prevede che il precedente reg. n. 45/2001 vada adeguato ai principi ed alle norme della nuova disciplina.

¹⁷³ Direttiva (UE) n. 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in *GUUE*, L 119 del 4 maggio 2016, p. 89 ss.

¹⁷⁴ Sul rapporto tra il reg. (CE) n. 1049/2001 ed il reg. (CE) n. 45/2001 si v. il caso *Bavarian Lager*: Trib. 8 novembre 2007, causa T-194/04, *Bavarian Lager c. Commissione*, pt. da 111 a 120, annullato da Corte giust. 29 giugno 2010, causa C-28/08 P, *Commissione c. Bavarian Lager*, pt. da 56 a 65. Per un commento alla sentenza si v.: D.M. CURTIN, *Privacy of EU government data*, in *Ars aequi*, 2011, p. 227 ss.; O. LYNSKEY, *Data protection and freedom of information: Reconciling the irreconcilable?*, in *CLJ*, 2011, vol. 70, p. 37 ss.; C. MAUBERNARD, *Transparence, procès équitable et union de droit*, in *Rev. Un. Eur.*, 2011, p.498 ss.

¹⁷⁵ Regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell’Unione e che abroga il regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2012, in *GUUE*, L 298 del 26 ottobre 2012, p. 1 ss.

previsioni della convenzione di Aarhus sull'accesso all'informazione ambientale alle istituzioni e agli organi europei. Tale regolamento delinea un regime di accesso ai documenti tra i più coerenti con il regime generale di cui al reg. (CE) n. 1049/2001. Esso, più precisamente, prevede l'applicazione al settore *de quo* delle norme del reg. (CE) n. 1049/2001, pur facendo salve talune norme più favorevoli al richiedente accesso ove le «*disposizioni della convenzione di Aarhus non sono riprese, in tutto o in parte, nel regolamento (CE) n. 1049/2001*»¹⁷⁶. Ciò sul presupposto per cui sussiste «*un interesse pubblico prevalente alla divulgazione qualora le informazioni richieste riguardino emissioni nell'ambiente*» (art. 6 del reg. (CE) n. 1367/2006)¹⁷⁷.

La normativa in materia di aiuti di Stato – di netta chiusura rispetto al diritto di accesso – non può nemmeno essere equiparata a talune discipline improntate ad un atteggiamento egualmente rigido, ma rispetto alle quali tale risultato è espressamente ammesso dalle disposizioni del Trattato. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 15, par. 3, co. 4, TFUE, che esclude l'attività giurisdizionale e l'attività della BCE di carattere *non* amministrativo dall'ambito di applicazione del diritto di accesso¹⁷⁸; all'art. 339 TFUE che impone ai membri delle istituzioni e

¹⁷⁶ Cfr. considerando n. 12, n. 13 e n. 15 e art. 3 del reg. (CE) n. 1367/2006.

¹⁷⁷ La divulgazione presenta un interesse pubblico prevalente eccezion fatta – specifica la norma – per le indagini ed, in particolare, per quelle relative a possibili violazioni della normativa europea, tra cui le procedure per inadempimento. Cfr., sul punto, Corte giust., 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 83 e 84. Inoltre, il Tribunale (sentenza 13 novembre 2015, cause riunite T-424/14 e T-425/14, *ClientEarth c. Commissione*, pt. 158, in fase di impugnazione, al momento in cui si scrive, dinanzi alla Corte di giustizia, causa C-57/16 P) ha osservato che, sebbene l'art. 6, par. 1, primo periodo, «preveda certamente una presunzione legale in forza della quale, ad eccezione delle indagini, si reputa che la divulgazione presenti un interesse pubblico prevalente qualora le informazioni richieste riguardino emissioni nell'ambiente, rimane nondimeno il fatto che tale presunzione riguarda solamente le eccezioni di cui all'articolo 4, paragrafo 2, primo e terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001». In termini parzialmente difformi: Corte giust., 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 83, secondo cui la disposizione del reg. (CE) 1367/2006 si riferisce anche alle eccezioni di cui ai parr. 3 e 5 dell'art. 4 del reg. (CE) n. 1049/2001.

¹⁷⁸ Sull'accesso agli atti di causa si v. specificamente il caso *API* (Trib. 12 settembre 2007, causa T-36/04, *API c. Commissione* e Corte giust. 21 settembre 2010, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Svezia e a. c. API e Commissione*) ed il caso *Breyer* (Trib. 27 febbraio 2015, causa T-188/12, *Breyer c. Commissione*, in fase di impugnazione, al momento in cui si scrive, dinanzi alla Corte giust., causa C-213/15 P. Si noti che nelle proprie conclusioni presentate in data 21 dicembre 2016, l'avvocato generale Bobek raccomanda alla Corte di dare prova di maggiore apertura e, pertanto, di riconsiderare il proprio meccanismo istituzionale in tema di accesso ai documenti connessi all'attività di carattere giurisdizionale). Per un esame dei casi si v. in dottrina T. BOMBOIS, *Arrêt A.P.I.: Droit d'accès aux mémoires de la Commission et protection*

dei comitati, nonché ai funzionari ed agenti dell'Unione, di mantenere il segreto professionale anche dopo la cessazione delle loro funzioni, con particolare riguardo alle informazioni relative ai rapporti commerciali delle imprese; all'art. 338, par. 2, TFUE, che sancisce il carattere riservato dell'attività di elaborazione delle statistiche.

In un unico settore, come si osserverà meglio *infra*, si riscontra una situazione sovrapponibile a quella osservata in materia di aiuti di Stato: si tratta del procedimento per inadempimento disciplinato dagli artt. da 258 a 260 TFUE. Come riconosciuto in giurisprudenza, la procedura di infrazione «*presenta caratteristiche paragonabili a quelle di un procedimento di controllo degli aiuti di Stato*»¹⁷⁹, non essendo previsto alcun diritto di accesso dei singoli al fascicolo della Commissione, nemmeno per il soggetto denunciante (al quale è unicamente concesso di essere informato circa la decisione adottata o circa la proposta di archiviare il caso¹⁸⁰).

In sostanza, eccettuati i casi poco sopra ricordati, in cui l'accesso è stato espressamente escluso da disposizioni di diritto primario, la materia degli aiuti di Stato e quella delle procedure di inadempimento costituiscono le sole in cui si riscontra, ad oggi, un completo "vuoto" di tutela circa la possibilità di accedere ai documenti relativi alle procedure di indagine.

Ciò, peraltro, potrebbe non essere inteso necessariamente in termini negativi, giacché non affermare il diritto non equivale necessariamente a negarlo. Anzi, l'assenza di norme sull'accesso al fascicolo potrebbe agevolare l'ingresso nei settori *de quibus* del reg. (CE) n. 1049/2001 in via suppletiva. Diversamente, ove si

des procédures juridictionnelles, in *Journal Trib. Droit eur.*, 2011, n. 175, p. 7 ss.; M. BOTTINO, *Il diritto di accesso agli atti di causa. Il Caso API*, cit., p. 303 ss.; B. KILPATRICK, L. HOLDEN, *Transparency Clarified: API v Commission*, in *Journal Eur. Comp. Law & Practice*, 2011, vol. 2, p. 40 ss.; M. LAVEDAN, *Nouveau recul de la transparence dans le cadre de l'accès aux documents des institutions*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2011, n. 26, p. 85 s.; P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1228 ss.; C. MAUBERNARD, *Transparence, procès équitable et union de droit*, cit., p. 498 ss.; M. BOTTINO, *Memorie di causa: secondo il Tribunale dell'Unione, pur partecipando della funzione giurisdizionale della Corte, non sono sottratte al diritto di accesso*, disponibile sulla rivista *on line Eurojus.it*, 2015.

¹⁷⁹ In tali termini si è espressa Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 56 ss. Si v. anche Trib. 22 maggio 1996, causa T-277/94, *AITEC c. Commissione*, pt. 67.

¹⁸⁰ Si v. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Mediatore europeo, del 20 marzo 2002, relativa ai rapporti con gli autori di denunce in materia di violazioni del diritto comunitario, COM(2002) 141 def., in *GUCE*, C 244 del 10 ottobre 2002, pag. 5, punti 7, 9 e 10.

considerasse applicabile un criterio di specialità, questo impedirebbe al regolamento generale di operare anche in tali materie, con la conseguente perduranza di un vuoto di tutela che pone seri problemi di conformità con gli obblighi rafforzati in materia di accesso ai documenti introdotti dalla riforma di Lisbona.

Nel paragrafo che segue (par. 3 e relativi sottoparagrafi) si esaminerà la giurisprudenza in materia di accesso al fascicolo di indagine della Commissione nel settore degli aiuti di Stato, al fine di verificare come la ponderazione degli interessi che si contrappongono in tale ambito (*i.e.*, trasparenza da un lato e tutela delle indagini dall'altro) si rifletta nei criteri interpretativi utilizzati dalla giurisprudenza per determinare se possa essere o meno consentito l'accesso.

Tale indagine verrà condotta nell'ottica di verificare (par. 4 e relativi sottoparagrafi) la consistenza attribuita dalla giurisprudenza al diritto di accesso e, per tale via, l'effettività delle innovazioni introdotte in tema di accesso dalla riforma di Lisbona, già descritte nel cap. I, nonché la loro capacità di penetrare anche in settori tipicamente connotati da una assenza di disciplina sull'accesso. A tal fine, si terrà conto anche delle soluzioni elaborate in altri settori del diritto dell'Unione e, in particolare, (i) nel settore della concorrenza, in quanto esso si sviluppa parallelamente a quello degli aiuti e compone, insieme ad esso, il diritto economico europeo e (ii) nel settore delle procedure per inadempimento, in quanto connotate da caratteristiche comparabili al procedimento di controllo degli aiuti.

3. La giurisprudenza in materia di accesso al fascicolo istruttorio nell'ambito delle procedure di controllo degli aiuti di Stato

Le occasioni in cui il giudice dell'Unione si è pronunciato in materia di accesso agli atti nel settore degli aiuti di Stato sono, al momento in cui si scrive, sei¹⁸¹: quattro ricorsi in annullamento avverso la decisione di diniego di accesso ai

¹⁸¹ Si considerino, inoltre, Trib. 17 settembre 2003, causa T-76/02, *Messina c. Commissione*, cui si farà cenno *infra*, relativo al caso di documenti provenienti da uno Stato membro, nonché le ordinanze Trib. 8 giugno 2005, cause T-139/03, *Nuova Agricast c. Commissione*; T-287/03, *SIMSA c. Commissione*; T-295/03, *Poli Sud c. Commissione*; T-297/03, *Tomasetto Achille c. Commissione*; T-298/03, *Bieffe c. Commissione*; T-299/03, *Nuova Faudi c. Commissione*, tutte non pubblicate, con le quali il Tribunale respinge le domande di annullamento della decisione della Commissione di diniego di accesso a taluni documenti concernenti un regime di aiuti di

documenti del fascicolo della Commissione decisi dal Tribunale e due impugnazioni su cui si è pronunciata la Corte di giustizia, in un caso annullando e nel secondo caso confermando la sentenza del Tribunale.

3.1 Il caso *Technische Glaswerke Ilmenau* (TGI). Esame concreto e specifico dei documenti richiesti vs presunzione generale di riservatezza a tutela degli obiettivi delle attività di indagine: la diversa prospettiva di Tribunale e Corte

3.1.1 Il giudizio del Tribunale

Il *leading case* in materia è rappresentato dal caso *TGI*, sul quale si sono pronunciati sia il Tribunale, sia la Corte¹⁸², con esiti opposti: il primo con un'interpretazione di maggior apertura, la seconda con un approccio di netta chiusura circa la possibilità per le parti interessate al procedimento di indagine, diverse dallo Stato membro responsabile dell'erogazione dell'aiuto, di accedere al fascicolo istruttorio della Commissione.

Stato dichiarato compatibile con il mercato interno; nonché ord. di non luogo a provvedere Trib. 11 dicembre 2006, causa T-290/05, *Weber c. Commissione*, la cui impugnazione ha dato luogo a Corte giust. ord. 29 novembre 2007, causa C-107/07 P, *Weber c. Commissione*, e Trib. 8 aprile 2011, causa T-291/10, *Martin c. Commissione*, non pubblicata.

¹⁸² Cfr. Trib. 14 dicembre 2006, causa T-237/02, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*; Corte giust. 29 giugno 2010, causa C-139/07 P, *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau*. Per un commento alla sentenza del Tribunale si v.: J.-Y. CHEROT, *Le Tribunal prend parti pour la première fois sur le droit d'accès aux documents dans la procédure de contrôle des aides d'États*, in *Rev. Concurrences*, 2007, n. 1, p. 125 ss.; E. MEISSE, *Accès aux documents de la Commission*, in *Europe*, 2007, n. 48, p. 15; G. MUGUET-POULLENNEC, *Transparence et aides d'État: comment mettre en œuvre le droit général d'accès aux documents?*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2007, n. 11, p. 62 ss.; I. SIMONSSON, *Technische Glaswerke Ilmenau v. Commission: Access to Documents under Regulation 1049/2001. CFI Reinforces Openness and Transparency*, cit., p. 325 ss. Per un commento alla sentenza della Corte di giustizia si v.: M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, *Chronique de jurisprudence de la CJUE. Aide d'Etat. Accès au dossier d'enquête*, in *AJDA*, 2010, p. 1585 ss.; L. IDOT, *Le règlement n° 1049/2001 doit-il s'appliquer aux «procédures concurrence»? À propos des affaires Technische Glaswerke Ilmenau, Odile Jacob et Agrofert*, cit., p. 5 ss.; G. MUGUET-POULLENNEC, *Vers la fin de la transparence dans les procédures administratives?*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2010, n. 25, p. 51 ss.; M. MUÑOZ DE JUAN, J. M. PANERO RIVAS, *The ECJ's Backlash on Access to Documents in the Commission's File on State Aid Cases by Private Parties*, in *EStAL*, 2010, p. 871 ss.; P. PIRODDI, *Negato l'accesso ai documenti delle istituzioni se si presume di ostacolo all'attività d'indagine*, in *Guida dir.*, 2010, n. 33-34, p. 94 ss.; D. DERO-BUGNY, *Accès aux documents des institutions*, in *Journal dr. int.*, 2011, p. 494 ss.

La vicenda trae origine dalla notifica, effettuata nel dicembre 1998 dalla Germania alla Commissione, di una serie di provvedimenti statali finalizzati al consolidamento finanziario della società Technische Glaswerke Ilmenau ("TGI"). La Commissione, allertata dalla possibile incompatibilità con il mercato interno dei provvedimenti a favore della TGI, avviava due procedure di indagine formale, una nell'aprile 2000, in relazione alla misura di dispensa parziale dal pagamento del prezzo di acquisto di *asset* industriali, ed una nel luglio 2001, in relazione ad una misura di prestito bancario.

La TGI, nel marzo 2002 domandava accesso, ai sensi del reg. (CE) n. 1049/2001, all'insieme dei documenti dei fascicoli della Commissione nei procedimenti di controllo che la riguardavano, nonché ai documenti del *dossier* relativo agli aiuti in favore dell'impresa concorrente Schott Glas (che aveva presentato osservazioni scritte nel procedimento relativo agli aiuti alla TGI).

La richiesta di accesso veniva respinta dalla Commissione, in quanto la divulgazione dei documenti richiesti avrebbe potuto pregiudicare (i) sia gli obiettivi delle attività ispettive e di indagine, che configurano un'eccezione all'accesso espressamente prevista dall'art. 4, par. 2, 3° trattino, del reg. (CE) n. 1049/2001, (ii) sia gli interessi commerciali dell'impresa concorrente Schott Glas, che configurano anch'essi un'eccezione prevista dal regolamento, all'art. 4, par 2, 1° trattino. La Commissione precisava che i documenti richiesti riguardavano un procedimento di indagine ancora in corso e la cui divulgazione avrebbe potuto compromettere il clima di fiducia e la leale collaborazione tra Commissione e Stato membro. La Commissione faceva inoltre presente di non poter concedere un accesso parziale, non essendo possibile suddividere i documenti richiesti in parti riservate e non riservate, e riteneva che non sussistesse alcun interesse pubblico prevalente alla divulgazione dei documenti richiesti dalla TGI.

Nell'agosto 2002, la TGI ricorreva in annullamento avverso il diniego di accesso (ad esclusione della parte vertente sui documenti del *dossier* della Commissione relativo alla concorrente Schott Glas).

Come anticipato, la TGI aveva presentato richiesta di accesso ai documenti in forza del reg. (CE) n. 1049/2001, non essendole concesso un simile diritto in base alla normativa di settore sugli aiuti di Stato, che, all'epoca dei fatti, era costituita dal reg. (CE) n. 659/1999. Dunque, il primo problema di principio a porsi concerneva l'eventuale "uso distorto" del regolamento generale n. 1049/2001, ossia la circostanza che questa normativa venisse invocata dal richiedente accesso al (solo) fine di aggirare la più stringente normativa settoriale. Tale criticità veniva

ben evidenziata nelle censure dell'impresa concorrente Schott Glas, intervenuta a sostegno della Commissione. In proposito, l'impresa sosteneva che il reg. (CE) n. 659/1999 costituisse *lex specialis* rispetto al reg. (CE) n. 1049/2001, poiché – diversamente – sarebbe bastato invocare tale ultimo regolamento per aggirare i limiti del primo. Pertanto, secondo la Schott Glas, la ricorrente TGI aveva a torto basato la domanda di accesso sul reg. (CE) n. 1049/2001, dovendo quest'ultima essere valutata in forza delle sole norme di settore in materia di aiuti¹⁸³.

Tuttavia, ammettere l'inapplicabilità al caso di specie del reg. (CE) n. 1049/2001, come sostenuto dalla Schott Glas, avrebbe significato riconoscere che la decisione della Commissione poggiava su una base giuridica errata e che, per tale motivo, essa era passibile di annullamento in quanto illegittima. In sostanza, ove accolto, l'argomento dell'interveniente avrebbe pregiudicato – anziché sostenuto¹⁸⁴ – la posizione processuale della Commissione, conducendo alla declaratoria di illegittimità della decisione di diniego di accesso, ovvero ad un risultato in contrasto con le conclusioni dell'istituzione, che chiedeva il rigetto del ricorso in annullamento della decisione contestata (rigetto che presupponeva, com'è ovvio, il riconoscimento della legittimità della decisione medesima).

Il Tribunale, pertanto, respinge come irricevibile l'argomento della Schott Glas e non affronta nel merito la questione del coordinamento tra le due normative¹⁸⁵. A tale riguardo, infatti, il Tribunale si limita a constatare come dato

¹⁸³ Secondo la TGI, invece, il fatto che non le fosse riconosciuto, in quanto parte interessata al procedimento della Commissione, alcun diritto di accesso al fascicolo istruttorio non avrebbe potuto pregiudicare i suoi diritti di cittadina dell'Unione derivanti dal reg. (CE) n. 1049/2001, trattandosi di due fattispecie diverse. E' interessante osservare che anche secondo la Commissione l'accesso al fascicolo in forza delle norme di settore e l'accesso ai documenti in forza del reg. (CE) n. 1049/2001 andavano tenuti su due piani distinti. Tuttavia, pur partendo da tale premessa comune, la Commissione giungeva a conclusioni opposte a quelle della TGI, sostenendo che quest'ultima non potesse proporre domanda di accesso in base al reg. (CE) n. 1049/2001 soltanto allo scopo di eludere la normativa di settore e compensare la mancanza di diritti processuali da essa scaturente. L'istituzione evidenziava che il reg. (CE) n. 659/1999 non prevedeva alcun diritto di accesso al fascicolo e la giurisprudenza considerava rispettati i diritti processuali dei beneficiari degli aiuti nel caso in cui questi fossero stati invitati a depositare le loro osservazioni nel procedimento.

¹⁸⁴ In base all'art. 40, co. 4, dello Statuto della Corte, applicabile anche al Tribunale in forza del richiamo a tale norma contenuto nell'art. 53, co. 2, l'intervento è ammesso nei limiti in cui le conclusioni dell'istanza di intervento abbiano ad oggetto l'adesione alle conclusioni di una delle parti in causa.

¹⁸⁵ Si v. sul punto le riflessioni di I. SIMONSSON, *Technische Glaswerke Ilmenau v. Commission: Access to Documents under Regulation 1049/2001. CFI Reinforces Openness and Transparency*, cit., p. 328.

pacifico che la Commissione ha rifiutato l'accesso ai documenti richiesti dalla TGI facendo espresso riferimento, nella propria decisione, all'art. 4, par. 2, del reg. (CE) n. 1049/2001 e che in udienza la stessa istituzione ha riconosciuto la piena applicabilità del regolamento. Per conseguenza, l'applicabilità al caso di specie del reg. (CE) n. 1049/2001 è presupposta, in quanto non censurata dalla Commissione¹⁸⁶.

Il Tribunale passa così ad esaminare se l'eccezione all'accesso fatta valere dalla Commissione, relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine *ex art. 4, par. 2, 3° trattino*, del reg. (CE) n. 1049/2001, sia stata applicata correttamente dalla Commissione.

A tale riguardo, il Tribunale riconosce che i documenti oggetto della domanda di accesso rientrano nell'ambito di una «attività di indagine» della Commissione, con la conseguenza che l'accesso a tali documenti può essere rifiutato in forza dell'eccezione prevista dall'art. 4, par. 2, 3° trattino, del regolamento. Tuttavia, il Tribunale precisa che: «*la mera circostanza che un documento riguardi un interesse tutelato da un'eccezione non basta di per sé a giustificare l'applicazione di quest'ultima*» (pt. 77). In altre parole, occorre che l'istituzione richiesta proceda ad un esame specifico e concreto della domanda di accesso, eseguito «*documento per documento*»¹⁸⁷ (pt. 91), al fine di valutare (i) se l'accesso al documento rischi concretamente ed effettivamente – ossia in modo ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico – di arrecare un pregiudizio all'interesse tutelato dall'eccezione (*i.e.* gli obiettivi delle attività di

¹⁸⁶ Come osserva attentamente l'avvocato generale Kokott nelle conclusioni presentate in data 8 settembre 2009 nel caso in esame (causa C-139/07 P, *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau*), la Commissione «non interpreta il diritto di consultazione del fascicolo quale *lex specialis* tecnica, la quale escluderebbe l'applicazione del regolamento n. 1049/2001, bensì lo coinvolge nell'interpretazione di un'eccezione al diritto di accesso ai documenti» (pt. 89 delle conclusioni).

¹⁸⁷ Il Tribunale evidenzia anche un argomento letterale a sostegno di tale tesi, precisando che il reg. (CE) n. 1049/2001, ai paragrafi 1-3 dell'art. 4, prevede che le eccezioni siano applicate «a un documento» (cfr. pt. 78 della sentenza). L'avvocato generale Kokott, nelle proprie conclusioni, aggiunge che: «anche la considerazione degli interessi dei terzi ai sensi dei nn. 4 e 5, l'esame dell'accesso parziale ai sensi dell'art. 6 e la disciplina del *venir meno* delle eccezioni per il decorso del termine ai sensi del n. 7 si riferiscono al *singolo* documento. Tale tecnica normativa è la necessaria conseguenza di eccezioni che si fondano direttamente sul pregiudizio arrecato a taluni interessi dalla divulgazione dei documenti. Un siffatto pregiudizio può essere accertato solo sulla base di una valutazione *individuale* delle informazioni contenute nel documento controverso» (pt. 73-74 delle conclusioni).

indagine)¹⁸⁸ e (ii) se non sussista un interesse pubblico prevalente atto a giustificare comunque la divulgazione del documento¹⁸⁹.

L'obbligo di procedere ad un tale esame «*costituisce una soluzione di principio, che si applica a tutte le eccezioni menzionate ai nn. 1-3 dell'art. 4 del regolamento n. 1049/2001*» (pt. 85) e deve emergere dalla motivazione dell'atto.

Solo in circostanze del tutto eccezionali – già enucleate dal Tribunale nel precedente VKI¹⁹⁰ – è possibile procedere ad un esame globale ed astratto della domanda di accesso, ossia (i) quando «*è evidente che l'accesso dev'essere negato o, al contrario, accordato*» (i.e. nel caso in cui alcuni documenti rientrano manifestamente ed integralmente in un'eccezione al diritto di accesso o, al contrario siano manifestamente consultabili nella loro interezza o, ancora, qualora siano già stati oggetto di una valutazione specifica e concreta da parte della Commissione in analoghe circostanze; pt. 86), oppure (ii) quando l'onere amministrativo per il trattamento della richiesta di accesso risulta particolarmente gravoso (ad. es., se il fascicolo cui si domanda l'accesso è molto voluminoso) ed oltrepassa i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto (pt. 94)¹⁹¹.

Con riguardo al caso di specie, il Tribunale ritiene che la Commissione abbia proceduto ad un'analisi generale della domanda di accesso, condotta per categorie di documenti (che, difatti, sono stati dalla Commissione

¹⁸⁸ Si tratta di una soluzione già implementata nel caso *Svezia e Turco c. Consiglio* (Corte giust., 1° luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P) con riguardo al bene giuridico “consulenza legale”, tutelato dall'eccezione di cui all'art. 4, par. 2, 2° trattino, del reg. (CE) n. 1049/2001. Nelle conclusioni dell'avvocato generale Kokott tale soluzione viene definita «una via di mezzo equilibrata» che «dovrebbe essere applicata anche per la tutela delle attività di indagine» (pt. 53).

¹⁸⁹ Cfr. pt. 56 conclusioni dell'avvocato generale Kokott: «occorre effettuare una ponderazione tra l'interesse specifico, che si tutela impedendo la divulgazione del documento in questione, e, *inter alia*, l'interesse generale all'accessibilità a tale documento. Al riguardo si deve tenere conto dei vantaggi che, come rileva il secondo “considerando” del regolamento n. 1049/2001, derivano da una maggiore trasparenza, consistenti in una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e in una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico».

¹⁹⁰ Trib. 13 aprile 2005, causa T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*. Per un commento alla sentenza si v.: E. DIRRIG, *Droit institutionnel. “VKI c. Commission (‘club Lombard’)*”, in *Rev. droit Un. eur.*, 2005, p. 201 ss.; S. BARTELT, *Case T-2/03, Verein für Konsumenteninformation v. Commission*, in *CMLRev*, 2006, p. 191 ss.; P. CIRIELLI, *Le eccezioni del diritto di accesso e il carico di lavoro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 39 ss.

¹⁹¹ Sul punto, l'avvocato generale sostiene che: «effetti sfavorevoli sullo svolgimento delle attività principali consuete dei servizi competenti non possono giustificare una restrizione globale del diritto di accesso» (pt. 64 delle menzionate conclusioni).

sommariamente¹⁹² suddivisi in due gruppi: la corrispondenza con lo Stato membro e le osservazioni depositate dalle parti interessate), in assenza delle condizioni, appena sopra richiamate, atte legittimare un trattamento astratto e globale della richiesta della TGI. Parimenti generiche sono ritenute le motivazioni adottate dalla Commissione a giustificazione del rifiuto di accesso. In particolare, secondo il Tribunale, l'argomento della Commissione relativo alla possibile lesione del clima di fiducia conseguente alla divulgazione dei documenti richiesti rappresenta una valutazione sommaria, applicabile all'intero fascicolo amministrativo ed inadatta a dimostrare la sussistenza di circostanze eccezionali tali da escludere l'esame specifico di ciascun documento. Anche la motivazione vertente sulla circostanza che i documenti richiesti afferissero ad un'indagine ancora in corso è ritenuta generica.

Pertanto il Tribunale annulla la decisione di diniego di accesso della Commissione, sul presupposto di una non corretta applicazione dell'eccezione prevista all'art. 4, par. 2, 3° trattino, del reg. (CE) n. 1049/2001, in quanto basata su un esame astratto e globale dei documenti del fascicolo amministrativo, in assenza dei presupposti per poter trattare la richiesta di accesso secondo tale modalità.

In sostanza, e come accennato, nella pronuncia in esame il Tribunale traspone nella materia degli aiuti di Stato la sua precedente giurisprudenza ed in particolare il caso *VKI*, vertente sull'accesso al fascicolo relativo ad un procedimento a norma dell'art. 101 TFUE. In tale occasione, il Tribunale aveva già sancito l'obbligo per l'istituzione destinataria di una richiesta di accesso di procedere ad un esame concreto e specifico dei documenti oggetto della domanda, stabilendo la possibilità di derogarvi solo in presenza di circostanze eccezionali – ossia quando è evidente che l'accesso dev'essere negato o, al contrario, accordato oppure quando l'onere amministrativo per il trattamento della richiesta di accesso è eccessivo e sproporzionato – che sono state riproposte nella sentenza *TGI*.

In tal modo, come osservato in dottrina, il Tribunale «*posed a basic rule of disclosure of documents on the same conditions as for antitrust cases*»¹⁹³. In altre parole, il Tribunale allinea – in via di principio – le condizioni per l'accesso al fascicolo

¹⁹² Il Tribunale, infatti, per ben due volte evidenzia che taluni dei documenti facenti parte del fascicolo non sono ricompresi in alcuna delle categorie individuate dalla Commissione: tale circostanza dimostra, secondo il giudice, un approccio astratto e sommario dell'istituzione nella gestione della richiesta di accesso.

¹⁹³ M. MUÑOZ DE JUAN, J. M. PANERO RIVAS, *The ECJ's Backlash on Access to Documents in the Commission's File on State Aid Cases by Private Parties*, cit., p. 873.

istruttorio nel diritto economico europeo, pur a fronte di contesti normativi di settore molto diversi tra loro (come osservato nel par. 2, nel settore della concorrenza sono previsti diritti di accesso privilegiati per le parti interessate, mentre le norme nel settore degli aiuti non consentono ad esse di accedere al *dossier* della Commissione). Tale allineamento implica la valorizzazione della posizione dell'impresa beneficiaria e/o concorrente nell'ambito della procedura di indagine in materia di aiuti. Al pt. 92 della sentenza si legge, infatti, che: «può sembrare perlomeno paradossale evocare la necessità di un dialogo franco e diretto tra la Commissione, lo Stato membro e le "imprese interessate", nell'ambito di un clima di cooperazione leale e di reciproca fiducia, per rifiutare proprio a una delle "parti" interessate di conoscere ogni informazione che riguarda direttamente l'oggetto stesso delle discussioni».

Si è condivisibilmente osservato in dottrina¹⁹⁴ che l'interpretazione seguita dal Tribunale nel caso *TGI* non è in grado, di per sé, ed a fronte di un quadro regolatorio molto diverso da quello del diritto *antitrust*, di provocare un ripensamento complessivo della (più ampia) questione afferente all'assenza di diritti processuali delle parti interessate ad una procedura in materia di aiuti. Tuttavia, è innegabile che l'obbligo posto in capo alla Commissione di procedere ad un esame concreto e specifico dei documenti oggetto della domanda di accesso – esame che deve emergere dalla motivazione del provvedimento della Commissione – consente al giudice un controllo più efficace sulle decisioni dell'istituzione e, per tale motivo, è idoneo a favorire, in materia di aiuti, un'evoluzione *in melius* del trattamento delle domande dei richiedenti accesso diversi dallo Stato membro.

3.1.2 ... annullato dalla Corte in sede di impugnazione

L'evoluzione nel senso indicato viene tuttavia smentita dall'esito del giudizio di impugnazione, che annulla parzialmente la sentenza del Tribunale, con una soluzione di chiusura in merito al riconoscimento di un diritto di accesso al fascicolo per le imprese interessate.

La Commissione aveva, infatti, proposto impugnazione contro la sentenza del Tribunale, facendo valere la sussistenza, nella fattispecie, di «*circostanze particolari del caso concreto*» in grado di consentire il diniego di accesso alla *TGI*.

¹⁹⁴ J.-Y. CHEROT, *Le Tribunal prend parti pour la première fois sur le droit d'accès aux documents dans la procédure de contrôle des aides d'États*, cit., p. 127.

Tali circostanze, secondo la Commissione, derivavano dalla considerazione che, in base al reg. (CE) n. 659/1999 e ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, nessun soggetto diverso dallo Stato membro coinvolto nel procedimento di aiuti di Stato aveva il diritto di consultare il fascicolo.

La TGI replicava che l'assenza di un diritto di accesso al fascicolo non costituiva una «*circostanza particolare del caso concreto*», bensì una circostanza comune e riscontrabile generalmente in materia di aiuti di Stato. Secondo l'impresa, ove fosse prevalsa l'interpretazione della Commissione, sarebbe stata legittimata un'eccezione per categoria, vale a dire l'inapplicabilità del reg. (CE) n. 1049/2001 nell'ambito di tutti i procedimenti in materia di aiuti di Stato; aspetto – quest'ultimo – che la Commissione stessa aveva negato nel primo grado di giudizio.

La Corte, rilevato che la domanda di accesso presentata dalla TGI riguardava l'intero fascicolo della Commissione (pt. 50), esordisce rievocando la sentenza di primo grado e riconosce che «*per poter giustificare il rifiuto di accesso a un documento di cui è stata chiesta la divulgazione, non basta, in linea di principio, che tale documento rientri in un'attività fra quelle menzionate all'art. 4, n. 2, del regolamento n. 1049/2001. L'istituzione interessata deve anche spiegare come l'accesso a tale documento possa arrecare concretamente ed effettivamente pregiudizio all'interesse tutelato da un'eccezione prevista in tale articolo*» (pt. 53). Così come già ritenuto dal Tribunale, non è dunque sufficiente, al fine di opporre validamente un diniego di accesso, che il documento richiesto rientri astrattamente in una delle eccezioni di cui all'art. 4 del reg. (CE) n. 1049/2001.

Tuttavia, nel passaggio immediatamente successivo la Corte aggiunge che l'istituzione «*può basarsi al riguardo su presunzioni di carattere generale che si applicano a determinate categorie di documenti, in quanto a domande di divulgazione riguardanti documenti della stessa natura possono applicarsi considerazioni di ordine generale analoghe*» (pt. 54). Così facendo, la Corte prende le distanze dall'interpretazione del Tribunale, per inserirsi – ma, come vedremo a breve, solo parzialmente – nel solco della sua precedente giurisprudenza *Svezia e Turco*¹⁹⁵, pronunciata anch'essa

¹⁹⁵ Corte giust. 1° luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, pt. 50. Per un commento alla sentenza si v. F. KAUFF-GAZIN, *Accès aux documents du Conseil, in Europe*, 2008, n. 298, p. 14 s.; C. LAYEK, *Il diritto di accesso ai documenti delle Istituzioni europee, in Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2008, n. 4, sez. II, p. 68 ss.; C. J. S. KNIGHT, *I Can See Clearly Now: Transparency in the European Union*, in *L. Q. Rev.*, 2009, p. 54 ss.; A. MARCIANO, *Transparence et droit d'accès aux documents vs efficacité du processus décisionnel des institutions: la Cour confirme l'arrêt du Tribunal annulant la décision du Conseil refusant de donner accès à l'identité*

in grande sezione, ove la Corte ha per la prima volta riconosciuto, in un caso vertente sulla richiesta di accesso ad un parere del servizio giuridico del Consiglio, la possibilità per l'istituzione destinataria della domanda di accesso di avvalersi delle presunzioni generali di riservatezza.

Ciò nonostante, mentre nella sentenza *Svezia e Turco* la Corte ha precisato che l'utilizzo della presunzione non fa comunque venir meno l'obbligo per l'istituzione di «verificare in ogni singolo caso se le considerazioni di ordine generale normalmente applicabili a un determinato tipo di documenti possano essere effettivamente applicate ad un particolare documento di cui sia chiesta la divulgazione»¹⁹⁶, nella soluzione del caso *TGI* la Corte decide di omettere del tutto il riferimento alla necessità di espletare una verifica concreta e specifica sui documenti richiesti¹⁹⁷. Sotto tale profilo, la sentenza *TGI* della Corte si discosta significativamente dal precedente *Svezia e Turco*, ove – al contrario – la Corte stessa ha dettagliato per fasi l'esame gravante sulle istituzioni destinatarie di una richiesta di accesso, prevedendo che: «con riferimento all'eccezione riguardante la consulenza legale, prevista dall'art. 4, n. 2, secondo trattino, del regolamento n. 1049/2001, l'esame che il Consiglio deve effettuare quando gli viene chiesta la divulgazione di un documento deve necessariamente svolgersi in tre fasi, in relazione ai tre criteri previsti da tale disposizione.

des délégations ayant présenté des amendements à la proposition de nouveau règlement en matière d'accès aux documents, in *Juris News*, 2013, p. 13 s.

¹⁹⁶ B. DRIESSEN, *Public and Privileged Access: a Case of Judicial Legislation. Comment on T-494/08 to T-500/08 and T-509/08*, in *EStAL*, 2011, p. 387 e spec. p. 388 ove l'A. afferma che: «the "general presumption" in *Turco* is no more than ad administrative convenience; the second "incumbent" sentence seemed to largely empty it of its content». Cfr. in giurisprudenza anche Trib. 13 aprile 2005, causa T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*, pt. 104, ove si afferma che: «l'esame specifico e concreto dei documenti oggetto di una domanda di accesso ai sensi del regolamento n. 1049/2001 costituisce uno dei doveri elementari di un'istituzione a fronte di detta domanda [corsivo aggiunto]»; 9 giugno 2010, causa T-237/05, *Éditions Jacob c. Commissione*, pt. 44: «l'obbligo per un'istituzione di procedere ad una valutazione specifica e concreta del contenuto dei documenti oggetto della domanda d'accesso rappresenta una soluzione di principio, che trova applicazione per tutte le eccezioni di cui ai nn. 1-3 dell'art. 4 del regolamento n. 1049/2001, qualunque sia l'ambito cui si riferiscono i documenti richiesti». L'obbligo dell'esame specifico e concreto dei documenti è stato affermato anche in talune sentenze precedenti all'avvento del reg. (CE) n. 1049/2001. Cfr.: Trib. 6 febbraio 1998, causa T-124/96, *Interporc Im-und Export c. Commissione* (c.d. *Interporc I*), pt. 52; 19 marzo 1998, causa T-83/96, *van der Wal c. Commissione*, pt. 43.

¹⁹⁷ B. DRIESSEN, *Public and Privileged Access: a Case of Judicial Legislation. Comment on T-494/08 to T-500/08 and T-509/08*, cit., p. 389; P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1226. Si osservi che la stessa opzione ermeneutica è stata scelta dalla Corte nella decisione sul caso *API* (21 settembre 2010, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Svezia e a. c. API e Commissione*, pt. 74).

Dapprima il Consiglio deve assicurarsi che il documento di cui viene chiesta la divulgazione costituisca effettivamente un parere giuridico e, in caso affermativo, determinare quali ne siano le parti effettivamente interessate, che possono rientrare quindi nel campo di applicazione di detta eccezione. Infatti, un documento non beneficia automaticamente della tutela della consulenza legale garantita dall'art. 4, n. 2, secondo trattino, del regolamento n. 1049/2001 per il solo fatto di essere denominato «parere giuridico». Al di là della sua denominazione, l'istituzione ha l'obbligo di accertarsi che tale documento consti effettivamente di un siffatto parere. In un secondo tempo, il Consiglio deve esaminare se la divulgazione delle parti del documento in parola individuate come concernenti pareri giuridici «arrechi pregiudizio alla tutela» della consulenza legale. [...] Il rischio di pregiudizio a tale interesse, per poter essere invocato, deve essere ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico. Infine, in una terza fase, se il Consiglio ritiene che la divulgazione di un documento arrecherebbe pregiudizio alla tutela della consulenza legale [...], è suo dovere verificare che non esista un interesse pubblico prevalente che giustifichi tale divulgazione nonostante il pregiudizio che ne deriverebbe al suo interesse a chiedere una consulenza legale e a ricevere pareri franchi, obiettivi e completi. In tale contesto il Consiglio deve ponderare l'interesse specifico da tutelare, impedendo la divulgazione del documento in questione, con, in particolare, l'interesse generale all'accessibilità a tale documento, tenendo conto dei vantaggi che derivano, come rileva il secondo 'considerando' del regolamento n. 1049/2001, da una maggiore trasparenza, consistenti in una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e in una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico»¹⁹⁸.

Occorre evidenziare che la necessità di svolgere un esame specifico dei documenti richiesti è stata sostenuta anche nelle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa in commento, disattese dalla Corte. Pur riconoscendo la facoltà di fare ricorso alle presunzioni generali di riservatezza, l'avvocato generale ha sottolineato l'obbligo per l'istituzione di procedere in ogni caso ad una verifica concreta dei documenti richiesti, richiamando proprio la sentenza *Svezia e Turco* sopra riportata¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Corte giust. 1° luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, pt. da 37 a 40 e da 43 a 45.

¹⁹⁹ L'avvocato generale Kokott, nelle conclusioni sul caso *TGI*, pur riconoscendo la possibilità per la Commissione di fare ricorso alle presunzioni generali di non divulgabilità, riporta – a parziale correttivo di un possibile abuso di tali presunzioni – la stessa affermazione presente nella sentenza *Svezia e Turco*, ossia sostiene che la Commissione è comunque onerata di «verificare in ogni singolo caso se le considerazioni di ordine generale normalmente valide

Alla luce di quanto osservato, si desume che l'omissione nella sentenza *TGI* in esame del riferimento alla necessità di verificare se le considerazioni di ordine generale risultino applicabili ai documenti richiesti nel caso specifico, in ragione della loro tipologia e del loro contenuto, è indice della volontà della Corte di agevolare il ricorso da parte della Commissione alle presunzioni generali ed al trattamento globale delle richieste di accesso ai documenti (non essendo più imposta, per l'appunto, una verifica sul caso concreto ed una motivazione specifica per ciascun documento di cui sia stata chiesta la divulgazione)²⁰⁰.

La presunzione generale di riservatezza in materia di aiuti di Stato viene ricavata, nell'interpretazione della Corte, dal reg. (CE) n. 659/1999 e dalla giurisprudenza relativa al diritto di consultare i documenti del fascicolo della Commissione nella materia *de qua*. A tale riguardo, la Corte richiama anzitutto il considerando n. 2 del reg. (CE) n. 659/1999, ove si afferma che il regolamento codifica la prassi costante della Commissione, che è stata sviluppata in conformità alla giurisprudenza. In secondo luogo, la Corte fa riferimento all'art. 20 del reg. (CE) n. 659/1999, che disciplina i diritti delle parti interessate senza prevedere alcun diritto di accesso ai documenti in capo a tali soggetti, nonché all'art. 6, par. 2, del medesimo regolamento, in forza del quale «*le osservazioni ricevute [dalla Commissione nell'ambito del procedimento di indagine] sono comunicate allo Stato membro interessato. [...] Quest'ultimo può a sua volta rispondere alle osservazioni entro un termine stabilito, di norma non superiore un mese*». I richiami normativi effettuati sono funzionali alla Corte per dimostrare che «*il procedimento di controllo degli aiuti di Stato, tenuto conto della sua impostazione generale, è un procedimento avviato nei confronti dello Stato membro responsabile della concessione dell'aiuto e la Commissione non è legittimata a utilizzare nella sua decisione definitiva, a meno di non violare i diritti della difesa, informazioni che quest'ultimo non sarebbe stato messo in grado di commentare*» (pt. 57). Ne consegue che «*gli interessati, eccettuato lo Stato membro responsabile della concessione dell'aiuto, non hanno il diritto, nell'ambito del*

per un determinato tipo di documenti possano essere effettivamente applicate al particolare documento di cui sia chiesta la divulgazione» (pt. 82 delle conclusioni).

²⁰⁰ Esprimono critiche su tale profilo: P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1227: «this is a serious omission by the Court of Justice, especially considering that the Regulation itself includes no mention of the possibility of invoking general presumptions and many of its provisions actually speak against them, as correctly noted by the General Court and Advocate General Kokott»; D. ADAMSKI, *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, in *CMLRev*, 2012, p. 521 ss. e spec. p. 526 ove l'A. afferma che: «general consideration could now justify general exceptions».

procedimento di controllo degli aiuti di Stato, di consultare i documenti del fascicolo amministrativo della Commissione» (pt. 58).

Tale circostanza deve essere tenuta in conto, secondo la Corte, ai fini dell'interpretazione dell'eccezione di cui all'art. 4, par. 2, 3° trattino, del reg. (CE) n. 1049/2001, giacché, se i soggetti diversi dallo Stato membro «fossero in grado, in base al regolamento n. 1049/2001, di ottenere l'accesso ai documenti del fascicolo amministrativo della Commissione, il sistema di controllo degli aiuti di Stato sarebbe messo in discussione» (pt. 58). La Corte non precisa la portata del pregiudizio che il sistema di controllo degli aiuti potrebbe subire²⁰¹, limitandosi a fare riferimento alla circostanza che il diritto di accesso al fascicolo nell'ambito di un procedimento di indagine in materia di aiuti ed il diritto di accesso ai documenti in forza del reg. (CE) n. 1049/2001, per quanto «giuridicamente distinti [...] portano ad una situazione paragonabile da un punto di vista funzionale» (pt. 59), ossia consentono entrambi alle imprese di ottenere le informazioni ed i documenti presentati alla Commissione nell'ambito dell'indagine e di prendere posizione su tali elementi nelle proprie osservazioni; circostanza che, a giudizio della Corte, «può modificare la natura di un siffatto procedimento» (pt. 59).

E' interessante osservare che, nel passaggio appena richiamato, la Corte disattende nuovamente le conclusioni dell'avvocato generale, secondo cui l'accesso ai documenti e la consultazione del fascicolo, pur potendo comportare «una situazione di fatto analoga in relazione alle informazioni», non determinano «la medesima posizione giuridica»²⁰², con la conseguenza che «l'assenza di un diritto alla

²⁰¹ M. MUÑOZ DE JUAN, J. M. PANERO RIVAS, *The ECJ's Backlash on Access to Documents in the Commission's File on State Aid Cases by Private Parties*, cit., esprimono critiche su tale passaggio del ragionamento della Corte: «there is no indication in the Judgment on how the system would be endangered by this possibility» (p. 876) e lo definiscono «cryptic» (p. 879).

²⁰² Ciò in quanto, secondo l'avvocato generale, la posizione delle parti diverse dallo Stato membro «nel procedimento in materia di aiuti non consente di trarre conclusioni sulla portata del diritto di accesso ai documenti. Essa non presenta alcun nesso con l'applicazione di un'eccezione ai sensi dell'art. 4 del regolamento n. 1049/2001 e in particolare con l'eccezione qui applicata, intesa alla tutela degli obiettivi delle attività d'indagine. Piuttosto, risulta che il motivo del rifiuto di consultazione del fascicolo prescinde dalla circostanza che le informazioni in esso contenute non debbano essere divulgate. Decisiva è unicamente la considerazione di ordine procedurale secondo la quale agli altri interessati non spettano i diritti della difesa. La consultazione del fascicolo deve consentire alla parte coinvolta in un procedimento di procedere ad un esame di tutti i documenti presenti nel fascicolo istruttorio che potrebbero essere rilevanti ai fini della sua difesa. [...] Dal momento che le informazioni fornite nell'ambito della consultazione del fascicolo costituiscono principalmente un mezzo per partecipare a tale procedimento, il diniego di consultazione del fascicolo – come espone la TGI – non può essere censurato separatamente. Quale vizio procedurale, esso può tuttavia

consultazione del fascicolo di altri interessati nel procedimento in materia di aiuti non esclude nel suo complesso neanche, quale lex specialis in conformità della tesi sostenuta in primo grado dalla Schott Glas, l'applicazione del regolamento n. 1049/2001» (pt. 98). Al contrario, la Corte, partendo proprio dalla considerazione che alle parti interessate, diverse dallo Stato membro responsabile della concessione dell'aiuto, non è accordato alcun diritto di consultazione del fascicolo di indagine, configura un'ampia presunzione generale di riservatezza in forza della quale la divulgazione dei documenti del fascicolo a tali soggetti arreca, in linea di principio, un pregiudizio agli obiettivi delle attività di indagine (par. 61)²⁰³.

L'utilizzo della presunzione generale comporta, nella sostanza, un risultato pratico molto simile a quello che si otterrebbe attraverso l'applicazione del criterio di specialità – *i.e.* la prevalenza della normativa di settore sul reg. (CE) n. 1049/2001 – complici, da un lato, le circostanze di favore che consentono alla Commissione di avvalersi della presunzione (omissione dell'esame concreto sui documenti richiesti) e, dall'altro, come si osserverà tra breve, l'estrema difficoltà per il richiedente accesso di superare detta presunzione.

mettere in discussione la validità della decisione in materia di aiuti nel suo complesso. A differenza della consultazione del fascicolo, il diritto di accesso ai documenti ai sensi del regolamento n. 1049/2001 non riveste alcuna valenza giuridica per il procedimento di esame degli aiuti. Tale regolamento non disciplina le modalità di partecipazione dei cittadini a procedimenti del genere. In particolare, l'accesso ai documenti non fonda, in linea di principio, la possibilità di presentare osservazioni nel procedimento in materia di aiuti. Una controversia che verte sull'accesso ai documenti di un fascicolo relativo agli aiuti lascia impregiudicata la validità della decisione sugli aiuti. L'indipendenza del regolamento n. 1049/2001 dal procedimento di esame degli aiuti non viene messa in discussione neanche dal suo secondo 'considerando'. Ai sensi di quest'ultimo, una politica di trasparenza "consente una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e garantisce una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico". Ciò potrebbe essere interpretato quale indizio di una partecipazione della collettività al procedimento. La partecipazione dei cittadini al processo decisionale e la responsabilità dell'amministrazione nei loro confronti non devono tuttavia essere intese in senso processualistico, bensì rivestono natura politica. La trasparenza è intesa a fornire ai cittadini informazioni che consentano loro di valutare in maniera adeguata la prassi dell'amministrazione e, se del caso, di criticarla. Essi non devono tuttavia poter influire in maniera determinante sull'esito dei singoli procedimenti. Il diritto di accesso ai documenti ha dunque un'esistenza propria indipendente dal procedimento di esame degli aiuti» (pt. da 93 a 98 delle conclusioni).

²⁰³ Critico sul punto B. DRIESSEN, *Public and Privileged Access: a Case of Judicial Legislation. Comment on T-494/08 to T-500/08 and T-509/08*, cit., p. 389, secondo cui «by so doing, the "general presumption" is upgraded to an unassailable wall and the spirit, if not the letter, of the Public Access Regulation is transformed beyond recognition».

Sotto il profilo da ultimo evidenziato, occorre rilevare che per la Corte è ammessa prova contraria alla presunzione generale. Quando viene accertata la sussistenza di una presunzione generale, i richiedenti accesso mantengono il diritto di (i) dimostrare l'esistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione dei documenti richiesti oppure di (ii) provare che tali documenti o taluni di essi non sono coperti dalla presunzione (pt. 62). Ne consegue che – all'opposto di quanto affermato dal Tribunale in primo grado e dalla Corte nella sentenza *Svezia e Turco*, nonché di quanto sostenuto dall'avvocato generale nelle conclusioni rese nella causa in commento – l'onere della prova non è più addossato sull'istituzione (la quale, essendo a conoscenza del contenuto del fascicolo, si troverebbe nella posizione migliore per soddisfarlo), bensì è ribaltato sul richiedente accesso.

L'aggravio che ne consegue in capo al richiedente accesso risulta in evidente discrasia rispetto all'art. 6, par. 1, del reg. (CE) n. 1049/2001, in forza del quale egli «non è tenuto a motivare la domanda», e si risolve in entrambe le ipotesi (ossia tanto nel caso di dimostrazione che il documento non ricade nella presunzione generale, quanto nel caso di dimostrazione della sussistenza di un interesse pubblico prevalente) in una sorta di *probatio diabolica*, poiché il richiedente accesso non è a conoscenza del contenuto del documento richiesto, né tantomeno del fascicolo di cui domanda la divulgazione²⁰⁴ e non è dunque in grado di assolvere puntualmente un onere della prova siffatto. Non è un caso che, nella fattispecie in esame, così come nelle prossime che si esamineranno nel corso del lavoro, la Corte non abbia mai ritenuto soddisfatta la prova contraria. Nel caso in commento, la

²⁰⁴ Esprime forti critiche sul punto D. ADAMSKI, *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, cit., p. 526: «it is entirely unclear how Technische Glaswerke could prove that particular documents from the State aid review file did not fall into the presumption, considering that the company did not know what the file contained. And how could anyone demonstrate that a document from a State aid review file is not covered by the presumption of non-disclosure, if the whole file is covered by the presumption from its very definition. The second circumstance overturning the presumption of secrecy – the overriding public interest – is similarly impractical. The EU courts have never so far based their decisions in a case involving access to documents on an overriding public interest in disclosure when the exceptions are not protected by any presumption of non-disclosure. It is even less probable that the Court would ever reach for this interest to overturn an exception protected (more thoroughly) by the presumption of non-disclosure. All in all, the presumption of non-disclosure largely tends towards a principle, as it is extremely hard (if at all possible) to surmount it in practice». Cfr. anche B. DRIESSEN, *Public and Privileged Access: a Case of Judicial Legislation. Comment on T-494/08 to T-500/08 and T-509/08*, cit., p. 389.

Corte rileva, a tale riguardo, che: «*la TGI non fa valere né che una parte dei documenti oggetto della sua domanda non rientrava nella presunzione generale [...] né l'interesse pubblico prevalente che giustificherebbe la divulgazione dei documenti in questione. Come emerge dal suo ricorso, essa deduce solamente il suo interesse come beneficiaria dell'aiuto di Stato oggetto di procedimenti di controllo*» (pt. 70).

Alla luce di tutto quanto sopra, la Corte conclude che la Commissione ha correttamente applicato l'eccezione relativa alla tutela delle attività di indagine (art. 4, par. 2, 3° trattino, del reg. (CE) n. 1049/2001), pur senza procedere ad un esame specifico e concreto dei documenti richiesti dalla TGI, in assenza di circostanze in grado di confutare la presunzione generale di non divulgabilità dei documenti del suo fascicolo.

Tale risultato, secondo la Corte, è conforme alla considerazione per cui l'accesso ai documenti deve essere oggetto di un'interpretazione ampia e di *favor* quando le istituzioni agiscono in veste di legislatore dell'Unione (cfr. considerando n. 6 del reg. (CE) n. 1049/2001), mentre può soggiacere a limiti più stringenti nel caso di attività amministrativa delle istituzioni. Anche su tale aspetto la Corte non dà seguito alle più articolate osservazioni dell'avvocato generale, secondo cui «*il regolamento n. 1049/2001, pur dovendo creare in tali settori [attività legislativa] una trasparenza ancora più ampia, prevede tuttavia anche espressamente, ai sensi dell'art. 2, n. 3, l'accesso ai documenti concernenti tutti i settori d'attività dell'Unione. Il fascicolo del procedimento di esame degli aiuti non è escluso da tale previsione. [...] Inoltre, l'interesse pubblico nei confronti del controllo degli aiuti non è necessariamente inferiore all'interesse pubblico nei confronti dei procedimenti legislativi [...] il controllo degli aiuti presenta, spesso e a ragione, un interesse considerevole. Esso riguarda lo sviluppo economico degli Stati membri e segnatamente le misure intese a creare o a preservare posti di lavoro*» (pt. 59-60 delle conclusioni).

Dal confronto fra le due pronunce del Tribunale e della Corte rese nel caso TGI, deriva un'interpretazione di quest'ultima decisamente più restrittiva e sfavorevole circa la possibilità di ottenere accesso al fascicolo istruttorio per il richiedente (gravato di un onere della prova particolarmente difficile da superare) e, per contro, tendente ad agevolare l'utilizzo di presunzioni generali di riservatezza da parte della Commissione. In materia di aiuti di Stato, per il gioco della presunzione generale e della distribuzione dell'onere di rovesciarla, sembra che il diniego d'accesso al fascicolo sia la regola e il diritto d'accesso l'eccezione.

L'esito della sentenza della Corte è stato definito dalla dottrina «*unexpected*»²⁰⁵. In effetti, come si è osservato, la Corte diverge non solo dalla posizione del Tribunale nel primo grado di giudizio e dalle conclusioni dell'avvocato generale (che ha proposto di respingere *in toto* l'impugnazione), ma anche dalla precedente giurisprudenza sul tema. Da un lato – discostandosi dalla pronuncia *Svezia e Turco* – la Corte non richiede più che l'istituzione destinataria della domanda di accesso verifichi se la presunzione generale possa trovare applicazione agli specifici documenti di cui è stata richiesta la divulgazione e sottolinea il diverso atteggiarsi del dovere di trasparenza nelle ipotesi in cui l'Unione agisce nell'esercizio di funzioni legislative (caso *Svezia e Turco*) rispetto alle ipotesi in cui agisce nell'esercizio di funzioni amministrative (caso *TGI*). Dall'altro lato – discostandosi dalla giurisprudenza *VKI* – la Corte non fa più riferimento alcuno alle «*eccezionali circostanze del caso*» in presenza delle quali è ritenuto possibile un esame astratto e globale della richiesta, con la conseguenza che un simile esame può risultare legittimo anche se, come nel caso di specie, la Commissione non ha in alcun modo lamentato un eccessivo onere amministrativo conseguente al trattamento della richiesta di accesso presentata dalla *TGI*.

Per altro verso, la Corte si allinea alla tradizionale concezione bilaterale del sistema di controllo degli aiuti di Stato, disattendendo talune recenti evoluzioni giurisprudenziali di poco anteriori al caso *TGI* – messe invece in evidenza dall'avvocato generale²⁰⁶ – ove la Corte ha tentato di delineare un diritto per le parti diverse dallo Stato membro di “essere associate” alla procedura di indagine, ossia di poter partecipare al procedimento in misura adeguata, anche tramite la consultazione del fascicolo, in base alle circostanze del caso di specie²⁰⁷.

²⁰⁵ Lo afferma B. DRIESSEN, *Public and Privileged Access: a Case of Judicial Legislation. Comment on T-494/08 to T-500/08 and T-509/08*, cit., p. 388. Si v. anche D. ADAMSKI, *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, cit., p. 530, ove, nel comparare l'orientamento «clearly more conservative» della sentenza *TGI* della Corte rispetto alla tendenza «transparency-friendly» della sentenza *MyTravel*, pronunciata a distanza di solo un anno (Corte giust. 21 luglio 2011, causa C-506/08 P), afferma: «while in *Thechnische Glaswerke* an ambiguous procedural limitation in Regulation 659/1999 justified the exception of “the purpose of inspections, investigations and audits”, in *MyTravel* a much more evident restriction in Regulation 139/2004 was not capable of triggering the decision-making exception».

²⁰⁶ Cfr. pt. 92 delle conclusioni dell'avvocato generale Kokott rese nel caso *TGI*.

²⁰⁷ Cfr. Corte giust. 8 maggio 2008, causa C-49/05 P, *Ferriere Nord c. Commissione*, pt. 69; 17 luglio 2008, causa C-521/06 P, *Athinaiki Techniki c. Commissione*, pt. 38; Trib. 9 luglio 2008, causa T-301/01, *Alitalia c. Commissione*, pt. 170-172.

Un'ultima annotazione concerne il rapporto fra il reg. (CE) n. 1049/2001 e la normativa di settore in materia di aiuti. La Corte ha precisato che quest'ultima deve essere "tenuta in conto" ai fini dell'interpretazione delle eccezioni previste dal reg. (CE) n. 1049/2001. Tale espressione, a parere di chi scrive, deve essere interpretata nel senso che la Corte non ha inteso stabilire un rapporto di specialità tra la normativa generale sull'accesso e la normativa di settore sugli aiuti (giacché, come si è osservato, riconoscere l'operatività di tale criterio avrebbe travolto la decisione di diniego, determinando l'illegittimità della sua base legale), quanto piuttosto un'interpretazione *integrata* delle due discipline. Sotto tale profilo, dunque, il ricorso alla presunzione generale di riservatezza può apparire come un *escamotage*, che consente di negare il diritto di accesso in forza del reg. (CE) n. 1049/2001 (e dunque di salvaguardare la legittimità della decisione di diniego della Commissione, che poggia su questa base giuridica), senza rimettere in discussione il regime di controllo degli aiuti di Stato²⁰⁸ e l'effetto utile delle sue disposizioni²⁰⁹. Tuttavia, avendo la Corte delineato tale presunzione in termini particolarmente ampi e rafforzati, che ne rendono assai difficile il superamento, si perviene di fatto ad un risultato pratico del tutto simile a quello che scaturirebbe dall'applicazione del criterio di specialità, ovverosia alla prevalenza della regola di settore, con forte compromissione dell'ambito di operatività del reg. (CE) n. 1049/2001.

3.2 Il caso *Ryanair*: il riavvicinamento delle posizioni di Corte e Tribunale

Il caso *Ryanair*²¹⁰ rappresenta la prima applicazione, da parte del Tribunale, della giurisprudenza *TGI* della Corte. Come si osserverà, il Tribunale effettua una trasposizione estremamente rigorosa dei principi affermati dalla Corte,

²⁰⁸ D. DERO-BUGNY, *Accès aux documents des institutions*, cit., p. 494.

²⁰⁹ D. ADAMSKI, *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, cit., p. 526.

²¹⁰ Si tratta della sentenza Trib. 9 dicembre 2010, cause riunite da T-494/08 a T-500/08 e T-509/08, *Ryanair c. Commissione*. Per un commento alla sentenza si vedano: B. DRIESSEN, *Public and Privileged Access: a Case of Judicial Legislation. Comment on T-494/08 to T-500/08 and T-509/08*, cit., p. 387 ss.; G. GODDIN, *The Ryanair Judgment on Transparency: A First Step towards Reconciling the Case Law of the General Court and the Court of Justice*, in *Journal Eur. Comp. Law & Practice*, 2011, p. 235 ss.; G. MUGUET-POULLENNEC, *Aides d'État et accès aux documents: les premières suites de l'arrêt TGI*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2011, p. 82 ss.

discostandosi in tal modo dalla posizione più garantista per i richiedenti accesso che ha invece sostenuto nella sentenza di primo grado nel caso *TGI*, poi annullata dalla Corte.

Sotto tale profilo, occorre osservare che lo svolgimento del giudizio *Ryanair* è stato appositamente sospeso nell'aprile 2010, in attesa della decisione della Corte sul caso *TGI*, sul presupposto che entrambe le controversie – vertenti sull'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine *ex art. 4, par. 2, 3° trattino*, del reg. (CE) n. 1049/2001 – sollevassero identiche questioni interpretative. La trattazione della causa *Ryanair* è stata ripresa solo dopo la sentenza della Corte resa nel caso *TGI* e le parti sono state invitate a presentare le loro osservazioni sulla sentenza *TGI* e sulle sue conseguenze nella controversia *Ryanair*, ancora pendente, che le vedeva coinvolte.

La vicenda trae origine da una serie di denunce ricevute dalla Commissione in merito a presunti aiuti di Stato concessi alla società Ryanair Ltd ("Ryanair") da vari gestori di aeroporti in Danimarca, Italia, Germania, Finlandia e Slovacchia. La Commissione, dopo aver avviato procedure di indagine formale per ognuno di tali casi, pubblicava una sintesi delle decisioni adottate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea.

Nel giugno 2008, la Ryanair presentava domanda alla Commissione, con richieste distinte per ciascuna procedura di indagine, per ottenere, in forza del reg. (CE) n. 1049/2001, l'accesso ai fascicoli relativi ai presunti aiuti (complessivamente, si trattava di otto domande di accesso per un totale di quasi 400 documenti). In particolare, la Ryanair chiedeva di accedere alle denunce ricevute dalla Commissione, ai commenti trasmessi da terzi, agli scambi di corrispondenza tra Commissione, Stati membri interessati e gestori degli aeroporti, ai documenti forniti alla Commissione da Stati membri e gestori degli aeroporti, nonché a tutti gli altri documenti contenuti nei fascicoli della Commissione, ivi incluse le analisi, gli studi, le indagini e le conclusioni della Commissione che avevano condotto l'istituzione alla decisione di avviare i procedimenti di indagine formale.

La Commissione, con risposte distinte per ogni indagine, negava l'accesso ai documenti richiesti dalla Ryanair, ad eccezione delle decisioni di avviare i procedimenti di indagine formale, per come pubblicate nella Gazzetta Ufficiale.

La Ryanair presentava allora una domanda confermativa, al fine di indurre la Commissione a riconsiderare i dinieghi di accesso.

La Commissione, tuttavia, confermava tali dinieghi con alcune marginali eccezioni, in forza delle quali veniva consentito alla Ryanair di prendere visione di alcune richieste di proroga del termine presentate dagli Stati membri e delle rispettive risposte della Commissione. La Commissione adduceva, a fondamento del rifiuto di concedere l'accesso, la circostanza che i documenti richiesti erano coperti dalle eccezioni al diritto di accesso previste dal reg. (CE) n. 1049/2001 e, in particolare, dall'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine *ex art. 4, par. 2, 3° trattino*²¹¹. La Commissione precisava, inoltre, di non ravvisare la sussistenza di alcun interesse pubblico prevalente atto a giustificare la divulgazione dei documenti richiesti e di non poter concedere nemmeno un accesso parziale ai medesimi, in quanto interamente coperti dalle eccezioni.

Nel novembre 2008, la Ryanair presentava diversi ricorsi, poi riuniti dal Tribunale, diretti a contestare la legittimità delle decisioni di diniego di accesso della Commissione.

La Ryanair riproponeva parte delle censure già esposte dall'impresa TGI nel caso precedentemente esaminato e sosteneva, in particolare, che il diritto di accesso ai sensi del reg. (CE) n. 1049/2001 avrebbe dovuto consentire la divulgazione di un fascicolo di indagine anche a soggetti, quali il beneficiario degli aiuti, diversi dallo Stato membro responsabile dell'erogazione dell'aiuto.

La Ryanair contestava, altresì, che la Commissione si era limitata ad effettuare un esame globale ed astratto delle domande di accesso, senza fare riferimento al contenuto dei documenti richiesti (alcuni dei quali, secondo la ricorrente, sarebbero stati divulgabili senza minare il clima di fiducia nello svolgimento delle indagini²¹²) e senza che sussistesse alcuna particolare circostanza atta a giustificare l'assenza di un esame specifico e concreto delle richieste. A tale ultimo riguardo, la ricorrente riteneva che non costituisse circostanza eccezionale nemmeno il fatto che l'indagine fosse ancora in corso al momento della presentazione della richiesta di accesso.

²¹¹ La Commissione invocava anche le eccezioni previste dagli artt. 4, par. 3, co. 1 (tutela del processo decisionale prima dell'adozione di una decisione), 4, par. 2, 1° trattino (tutela degli interessi commerciali), 4, par. 3, co. 2 (tutela del processo decisionale a seguito dell'adozione di una decisione), 4, par. 2, 2° trattino (tutela delle consulenze legali). Tuttavia, il Tribunale esamina solo le argomentazioni vertenti sull'eccezione prevista a tutela degli obiettivi delle attività di indagine e ritiene di non dover procedere all'esame delle altre eccezioni invocate dalla Commissione, sostenendo che, nel caso in esame, la tutela degli obiettivi delle attività di indagine copre già la totalità dei documenti richiesti dalla Ryanair ed è pertanto sufficiente di per sé a sorreggere il diniego di accesso ai fascicoli di indagine.

²¹² Cfr., in particolare, pt. da 63 a 67 della sentenza *Ryanair* in commento.

Inoltre, secondo la Ryanair, la presunzione generale di riservatezza non era applicabile ai documenti interni della Commissione.

Infine, la Ryanair sosteneva l'esistenza di due ragioni interesse pubblico prevalente alla divulgazione: da un lato, i diritti fondamentali della difesa e dell'accesso a procedure amministrative eque; dall'altro il principio della trasparenza e del più ampio accesso possibile espresso dal reg. (CE) 1049/2001. In particolare, la ricorrente affermava che la divulgazione dei documenti richiesti avrebbe giovato – e non pregiudicato – gli obiettivi delle attività di indagine, consentendo alle parti diverse dallo Stato membro di disporre delle informazioni in possesso della Commissione per presentare le loro osservazioni.

Il Tribunale afferma anzitutto che, ai fini dell'interpretazione dell'eccezione relativa alla tutela delle attività di indagine, *«si deve tener conto della circostanza che gli interessati diversi dallo Stato membro coinvolto nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato non hanno il diritto di consultare i documenti del fascicolo amministrativo della Commissione e, pertanto, occorre riconoscere l'esistenza di una presunzione generale in base alla quale la divulgazione dei documenti del fascicolo amministrativo pregiudicherebbe, in linea di principio, la tutela degli obiettivi delle attività di indagine»* (pt. 70). Ne consegue, secondo il Tribunale, che la Commissione può *«negare l'accesso a tutti i documenti afferenti al procedimento di controllo degli aiuti di Stato, e ciò senza procedere previamente ad un esame specifico e concreto di tali documenti»* (pt. 71).

Così statuendo, il Tribunale si uniforma all'interpretazione resa dalla Corte nella sentenza *TGI* e, così come in quest'ultima, il giudice di prime cure sceglie di non riproporre il passaggio della pronuncia *Svezia e Turco* secondo cui la possibilità di avvalersi della presunzione generale di riservatezza non fa comunque venir meno in capo all'istituzione destinataria della richiesta di accesso l'obbligo di *«verificare in ogni singolo caso se le considerazioni di ordine generale normalmente valide per un determinato tipo di documenti possano essere effettivamente applicate al particolare documento di cui sia chiesta la divulgazione»*²¹³.

Il Tribunale si uniforma alla giurisprudenza *TGI* della Corte anche ove riconosce che la presunzione generale *«non esclude il diritto per i detti interessati di dimostrare che un dato documento di cui viene chiesta la divulgazione non rientra nella detta presunzione o che sussiste un interesse pubblico prevalente atto a giustificare la divulgazione del documento in questione»* (pt. 72). Viene dunque confermata

²¹³ Corte giust. 1° luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, pt. 50.

l'inversione dell'onere della prova, che determina, come già osservato, una sorta di *probatio diabolica* per il richiedente accesso. Tale prova, come si osserverà a breve, non è stata superata neanche nel caso di specie da parte della ricorrente.

La peculiarità del caso *Ryanair* rispetto al caso *TGI* risiede nella circostanza che le domande di accesso della *Ryanair*, pur presupponendo la divulgazione di un volume di documenti decisamente ampio, sono formulate in modo più preciso e circostanziato rispetto alla domanda presentata dall'impresa *TGI*. In particolare, la *Ryanair* compie un'attività di identificazione e di classificazione dei documenti in categorie, in funzione del loro contenuto, e indica taluni documenti divulgabili senza pregiudizio agli obiettivi delle attività di indagine, in ragione del loro carattere meramente amministrativo. Tuttavia, il Tribunale ritiene tale circostanza del tutto inconferente e sostiene l'applicabilità della presunzione generale a tutti i documenti del fascicolo nella loro interezza, poiché «*le domande presentate dalla ricorrente riguardano, in realtà, l'insieme dei fascicoli amministrativi relativi alle procedure di controllo dei presunti aiuti di Stato concessi da diversi gestori di aeroporti. Pertanto, in linea di principio, i documenti richiesti sono coperti dalla presunzione generale*» (pt. 73). Applicandosi all'intero fascicolo amministrativo, ne consegue che la presunzione generale copre anche i documenti interni della Commissione. Ciò trova conferma, secondo l'impianto motivazionale del Tribunale, nella circostanza che, «*nella sentenza Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau, la Corte ha applicato la presunzione generale a fascicoli amministrativi che contenevano documenti interni della Commissione*» (pt. 74).

Dunque, anche nella pronuncia in commento la presunzione generale di non divulgabilità viene configurata in termini ampi e rafforzati, che la rendono praticamente insormontabile. Difatti, come anticipato, il Tribunale ritiene che la *Ryanair* non abbia dimostrato alcuna circostanza atta ad escludere la presunzione generale (pt. 78), nemmeno per i documenti da essa identificati espressamente ed individualmente²¹⁴, e che non abbia provato nemmeno la sussistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. Il Tribunale giudica «*troppo vaghe e generiche*» le argomentazioni della ricorrente (pt. 77 e pt. 82) e respinge l'argomento secondo cui i diritti della difesa giustificerebbero la divulgazione dei documenti, ribadendo il tradizionale orientamento secondo cui i soggetti diversi dallo Stato membro coinvolto nel procedimento di indagine non sono

²¹⁴ *I.e.* le denunce e la notifica alle autorità francesi, cfr. pt. 75 della sentenza in commento.

“parti” e, pertanto, non godono dei diritti procedurali, tra cui il diritto di accesso al fascicolo (pt. 81)²¹⁵.

Anche con riferimento alla mancata concessione di un accesso parziale alla Ryanair, la valutazione del Tribunale si rivela estremamente rigorosa. Secondo il Tribunale, siccome la ricorrente «*si limita ad affermare, per talune categorie di documenti, che essi contengono necessariamente passaggi che sarebbe possibile divulgare senza nuocere alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine*» (pt. 88), ne deriva che, «*per determinati documenti, non dimostra che una parte di essi non era coperta dalla presunzione generale*» (pt. 89). Da ciò si evince, per il Tribunale, che «*i documenti sono integralmente coperti dalla presunzione generale e che dunque l'argomento tratto dalla violazione del principio di proporzionalità è inconferente*» (pt. 90).

In conclusione, con la sentenza *Ryanair* si assiste ad un allineamento delle posizioni di Tribunale e Corte, prima antitetiche nel caso *TGI*. Tale passaggio si attua attraverso un abbandono, da parte del Tribunale, di una posizione maggiormente garantista per il diritto di accesso al fascicolo, che lascia spazio ad una tendenza più intransigente, con la quale, da un lato, si addossa sul richiedente accesso un onere della prova sostanzialmente insormontabile e, dall'altro, si consente alla Commissione di ricorrere in modo agevole alle presunzioni generali di riservatezza, a copertura di tutti i documenti del fascicolo di indagine e senza un onere motivazionale che obblighi l'istituzione a tener conto del contenuto degli specifici documenti volta per volta richiesti. Una simile interpretazione rende del tutto irrilevante la circostanza che, come nel caso di specie, la domanda di accesso sia formulata in maniera più puntuale (per quanto il volume dei documenti richiesti da Ryanair sia comunque significativo) o che il richiedente accesso

²¹⁵ B. DRIESSEN, *Public and Privileged Access: a Case of Judicial Legislation. Comment on T-494/08 to T-500/08 and T-509/08*, cit., pp. 389-390 ove l'A. afferma che: «the Court does this under reference to the case law concerning the rights of defence in State aid procedures. It could, however, also have pointed out that Ryanair's interest in the contested documents was hardly that of a concerned citizen, but much more that of an interested party. In *Sison* [Corte giust. 1 febbraio 2007, causa C-266/05 P] the ECJ, back in 2005, already ruled that the Public Access Regulation is not intended "to lay down rules designed to protect the particular interest which a specific individual may have in gaining access" to a document. The [...] Court of First Instance further clarified that this holds true even when a private party wishes to acquire documents for the purposes of a separate legal proceeding. It is therefore not surprising that Ryanair's private interest is not recognized as an overriding public interest» e, inoltre, sostiene che: «even if one accepts that Ryanair had in reality a private interest in acquiring access to the documents concerned, the Courts catch in their net also those third parties that might, for reasons of genuine civic concern, be interested to know how taxpayers' money is spent».

individui categorie di documenti o identifichi singoli specifici documenti che, in ragione del loro contenuto, possono a suo giudizio essere divulgati senza pregiudizio per gli obiettivi delle attività di indagine.

3.3 Il caso *Navigazione Libera del Golfo (NLG)*: la diversa soluzione proposta in caso di tutela degli interessi commerciali

Il caso²¹⁶ scaturisce da una richiesta di accesso presentata dalla compagnia marittima Navigazione Libera del Golfo (“NLG”) alla Commissione, per ottenere la trasmissione in versione integrale della decisione del 16 marzo 2004 n. 2005/163/CE di autorizzazione parziale nei riguardi degli aiuti di Stato dell’Italia alle compagnie marittime del Gruppo Tirrenia, concorrenti della NLG.

In particolare, la NLG chiedeva di avere accesso, in forza del reg. (CE) n. 1049/2001, ai dati relativi agli elementi di costi delle compagnie del Gruppo Tirrenia ed all’importo dei sovraccosti annuali a carico della impresa Caremar (società del Gruppo) attinenti ai servizi pubblici di trasporto passeggeri resi sulla linea Napoli/Capri, nonché all’importo delle sovvenzioni pubbliche annualmente accordate a tale titolo. La conoscibilità di tali dati – omessi dalla versione pubblica della decisione della Commissione dietro espressa richiesta dell’Italia – avrebbe consentito alla NLG di avviare eventuali azioni giudiziali per ottenere ristoro dalla lesione derivante dalla concessione dell’aiuto al Gruppo concorrente.

La Commissione si opponeva alla richiesta di accesso con due decisioni (rispettivamente del 3 febbraio e del 12 ottobre 2005), ritenendo che la divulgazione dei dati richiesti avrebbe pregiudicato gli interessi commerciali delle società del Gruppo Tirrenia e rappresentato un vantaggio per imprese concorrenti, giacché i documenti richiesti contenevano dati relativi al funzionamento interno delle imprese. Tale diniego, secondo la Commissione, era conforme sia all’art. 20 del reg. (CE) n. 659/99, sia all’art. 287 TCE (ora art. 339 TFUE) relativo al segreto professionale²¹⁷, sia all’art. 4, par. 2, 1° trattino, del reg.

²¹⁶ Trib. 24 maggio 2011, cause riunite T-109/05 e T-444/05, *NLG c. Commissione*. Per un commento alla sentenza si v. F. KAUFF-GAZIN, *Accès aux documents*, in *Europe*, 2011, n. 7, p. 10 s.; D. ADAMSKI, *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, cit., p. 538 s.; P. IANNUCELLI, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia, tra dialogo con gli ordinamenti nazionali e tutela dei diritti della difesa*, cit., p. 96 s.

²¹⁷ In forza di questa norma, la Commissione è tenuta a non divulgare agli interessati informazioni protette dal segreto professionale.

(CE) n. 1049/2001, vertente sull'eccezione posta a tutela degli interessi commerciali delle persone fisiche e giuridiche. Inoltre, secondo la Commissione, non era ravvisabile alcun interesse pubblico prevalente tale da poter giustificare la divulgazione dei dati richiesti.

La NLG impugnava con due ricorsi in annullamento le decisioni di diniego di accesso, rispettivamente nel marzo 2005 (causa T-109/05) e nel dicembre 2005 (causa T-444/05).

La vicenda giudiziaria si prolungava per ben sei anni²¹⁸, con l'avvicendamento di diverse misure di organizzazione del procedimento legate al mantenimento dei due ricorsi in annullamento, e, nelle more del giudizio, il Tribunale annullava la decisione della Commissione relativa agli aiuti al Gruppo Tirrenia²¹⁹.

Per la prima volta, diversamente dai casi precedenti, nella fattispecie in commento viene in rilievo non l'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine, che è stata al centro dei casi sinora esaminati, bensì l'eccezione relativa alla tutela degli interessi commerciali. Entrambe, in disparte la diversità di interesse tutelato da ognuna, sono delineate nel reg. (CE) n. 1049/2001 come eccezioni relative, con la conseguenza che l'accesso deve essere comunque accordato, pur in caso di pregiudizio conseguente alla divulgazione del documento coperto da tali eccezioni, ove sussista un prevalente interesse pubblico alla divulgazione. Attesa l'identità di funzionamento delle due eccezioni, il Tribunale avrebbe potuto seguire la linea interpretativa già tracciata dalla Corte nella sentenza *TGI* e confermata dal Tribunale nella pronuncia *Ryanair*. Invece, nell'esaminare l'applicazione da parte della Commissione dell'eccezione relativa alla tutela degli interessi commerciali, il Tribunale si discosta dall'indirizzo precedente e rievoca la necessità che l'istituzione destinataria della domanda di accesso effettui un esame concreto dei documenti richiesti.

In sostanza, pur riconoscendo la possibilità per la Commissione di basarsi su presunzioni generali di riservatezza (pt. 131-132), il Tribunale precisa che: *«l'esame previsto per il trattamento di una domanda di accesso a documenti deve avere un carattere concreto. Infatti, la mera circostanza che un documento riguardi un interesse tutelato da un'eccezione non basta di per sé a giustificare l'applicazione di quest'ultima. Una siffatta applicazione può essere giustificata, in linea di principio, solo nel caso in cui l'istituzione*

²¹⁸ Lo osserva F. KAUFF-GAZIN, *Accès aux documents*, cit., p. 10.

²¹⁹ Trib. 4 marzo 2009, cause riunite T-265/04, T-292/04 e T-504/04, *Tirrenia di Navigazione c. Commissione*.

abbia precedentemente valutato, in primo luogo, se l'accesso al documento arrechi concretamente ed effettivamente pregiudizio all'interesse tutelato e, in secondo luogo, nelle ipotesi previste dall'art. 4, nn. 2 e 3, del regolamento n. 1049/2001, se non sussista un interesse pubblico superiore che giustifichi la divulgazione del documento in questione [...]. Per di più, il rischio di arrecare un pregiudizio ad un interesse tutelato deve essere ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico. L'esame al quale, in linea di principio, deve procedere l'istituzione per applicare un'eccezione deve essere effettuato in concreto e deve emergere dalla motivazione della decisione» (pt. 124-125).

Ne consegue che, nel caso di specie, anche se i documenti richiesti dalla NLG sono tali da contenere informazioni riservate rientranti nell'ambito di applicazione dell'eccezione relativa alla tutela degli interessi commerciali (pt. 128) ed anche se essi fanno chiaramente parte nel fascicolo amministrativo della Commissione nell'ambito del controllo di un aiuto di Stato, tuttavia *«il Tribunale ritiene che non si possa presumere che la divulgazione degli elementi di sovraccosto legati agli obblighi di servizio pubblico nonché di tutti i documenti che hanno consentito di ottenere tali dati in cifre arrecherebbe pregiudizio alla protezione degli interessi commerciali della Caremar, ai sensi dell'art. 4, n. 2, primo trattino, del regolamento n. 1049/2001»* (pt. 135). In altre parole, la divulgazione dei dati richiesti dalla NLG non è considerata dal Tribunale idonea a pregiudicare gli interessi commerciali delle imprese del Gruppo Tirrenia per il solo fatto che tali dati rientrano nel fascicolo di indagine della Commissione e contengono informazioni commerciali riservate. Secondo il Tribunale, infatti, la Commissione ha comunque l'obbligo di *«esaminare la questione se la divulgazione dei documenti rientranti nell'ambito di applicazione dell'eccezione relativa alla tutela degli interessi commerciali pregiudicherebbe concretamente ed effettivamente l'interesse tutelato»* (pt. 137).

La Commissione conserva altresì l'obbligo di valutare la sussistenza di un interesse pubblico prevalente atto a giustificare la divulgazione dei dati richiesti: nella sentenza in esame – diversamente dalle pronunce *TGI* della Corte e *Ryanair* del Tribunale – l'onere della prova non viene fatto gravare sul richiedente accesso. Sul punto, riferendosi al precedente *Svezia e Turco*, il Tribunale osserva, infatti, che: *«occorre che l'istituzione effettui una ponderazione tra, da un lato, l'interesse specifico che deve essere tutelato impedendo la divulgazione del documento in questione e, dall'altro, in particolare, l'interesse generale all'accessibilità a tale documento, alla luce dei vantaggi che derivano, come precisa il secondo 'considerando' del regolamento n. 1049/2001, da una maggiore trasparenza, consistenti in una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e in una maggiore legittimità, efficienza e*

responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico» (pt. 147).

Ne consegue che, con la decisione del caso in esame, il Tribunale non traspone la presunzione generale di riservatezza, enucleata nella sentenza *TGI* della Corte con riferimento alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine, anche all'ipotesi in cui vengano in rilievo esigenze di protezione diverse, relative agli interessi commerciali²²⁰.

Per limitare l'operatività della presunzione generale, già delineata dalla sentenza *TGI* della Corte in termini particolarmente ampi (confermati nel giudizio *Ryanair*), il Tribunale utilizza *ad adiuvandum* anche un argomento desunto dalla comunicazione sul segreto d'ufficio nelle decisioni in materia di aiuti di Stato²²¹. Viene infatti riconosciuto che, ove si volesse ammettere la sussistenza di una presunzione generale di riservatezza anche rispetto alla tutela degli interessi commerciali, «una siffatta presunzione generale sarebbe in contrasto con la comunicazione sul segreto d'ufficio nelle decisioni in materia di aiuti di Stato, la quale prevede, al suo 'considerando' 17, che le informazioni relative all'organizzazione ed ai costi dei servizi pubblici non sono generalmente considerate altre informazioni riservate» (pt. 136).

In sostanza, la sentenza in commento sembra circoscrivere la portata della giurisprudenza *TGI* della Corte alle sole ipotesi in cui vengono in rilievo esigenze

²²⁰ D. ADAMSKI, *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, cit., pp. 538-539, ove l'A. osserva che: «the presumption of non-disclosure may be justifiable only in regard to the exception of inspections, investigations and audits» e che: «it is hard to explain such a distinction otherwise than by the Court's reluctance to accept the *Technische Glaswerke* standard, as the commercial interests exception and the investigations, inspections and audits exception are systematically identical».

²²¹ Comunicazione della Commissione del 1° dicembre 2003, C (2003) 4582 relativa al segreto d'ufficio nelle decisioni in materia di aiuti di Stato, in *GUUE*, C 297 del 9 dicembre 2003, p. 6 ss., pt. 17: «nel settore degli aiuti di Stato si possono tuttavia incontrare alcune categorie di informazioni riservate che non appaiono necessariamente nei procedimenti in materia di antitrust e di concentrazione e che riguardano specificamente segreti di Stato, o altre informazioni riservate sulle attività organizzative dello Stato in questione. In generale, tenuto conto dell'obbligo posto alla Commissione di rendere pubblici i motivi delle sue decisioni e dell'esigenza di trasparenza, tali informazioni possono essere coperte dal segreto d'ufficio soltanto in circostanze molto eccezionali. Ad esempio, le informazioni relative all'organizzazione ed ai costi dei servizi pubblici non sono generalmente considerate "altre informazioni riservate" (benché possano costituire segreti d'impresa se sono soddisfatti i criteri enunciati alla sezione 3.1)». In dottrina si v. A. SAGGIO A., C. IANNONE, *Le informazioni riservate e i segreti commerciali nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. eur.*, 1997, p. 547 ss.; R. HANKIN, *Access to Documents – Some Thoughts from a State Aid Perspective*, in *ESTAL*, 2008, p. 507 ss. e spec. p. 510.

connesse alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine²²². Ne consegue che, come osservato in dottrina, «*the review standard used in NLG much more clearly observed the principle of restrictively applying exceptions to the general rule. By the same token, the effect utile of Regulation 1049/2001 was maintained much more accurately*»²²³.

Le esigenze connesse alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine sussistono tipicamente nelle fattispecie in cui le richieste di accesso vertono su documenti di fascicoli afferenti a procedimenti di indagine ancora in corso e non a procedimenti ormai conclusi. E' nel primo caso, infatti, che può sussistere l'interesse a tutelare lo svolgimento indisturbato dei negoziati tra Commissione e Stato membro per tutta durata dell'indagine concernente un aiuto e l'eventuale richiesta di accesso presentata nelle more del procedimento di controllo può pregiudicare tale interesse²²⁴.

Sotto il profilo appena evidenziato, si può osservare che il caso *NLG* è l'unico tra quelli sinora analizzati in cui il procedimento di indagine risulta già concluso al momento della presentazione della richiesta di accesso al fascicolo, tanto che la richiesta della *NLG* verte proprio su specifici dati della decisione della Commissione relativa alle misure di aiuto, omessi al momento della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione. Diversamente, nel caso *TGI*, alla data di presentazione della richiesta di accesso (il 24 ottobre 2001)²²⁵, uno dei due procedimenti di indagine formale avviati dalla Commissione è ancora in corso (l'indagine C 44/2001, avviata il 3 luglio 2001 e conclusa solo il 2 ottobre dell'anno successivo); nel caso *Ryanair* risultano in corso, al momento della presentazione della domanda di accesso, tutti i vari procedimenti di indagine formale avviati dalla Commissione. Ne consegue che il caso *NLG* è l'unico in cui non rilevano esigenze connesse alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine e, per conseguenza, la giurisprudenza *TGI* non viene ad esso estesa.

²²² In esito alla sentenza *NLG*, «sembra permanere anche in materia di aiuti di Stato a carico della Commissione l'onere di effettuare un esame concreto ed effettivo in ordine all'idoneità della divulgazione dei documenti oggetto della richiesta di accesso a pregiudicare l'interesse tutelato dalle previsioni di cui all'articolo 4 del regolamento n° 1049/2001»: P. IANNUCELLI, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia, tra dialogo con gli ordinamenti nazionali e tutela dei diritti della difesa*, cit., p. 97.

²²³ D. ADAMSKI, *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, cit., p. 538.

²²⁴ Cfr. pt. 123 delle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *TGI*, già cit.

²²⁵ Il primo dei due procedimenti di indagine (il C 19/2000), invece, viene avviato il 4 aprile 2000 e concluso il 12 giugno 2001.

Tuttavia, la distinzione empiricamente individuata fra procedimento concluso e in corso, che si basa sulla esistenza o meno, alla data di presentazione della richiesta di accesso, di una decisione della Commissione che pone termine al procedimento di indagine formale, dovrà essere riconsiderata alla luce della soluzione del prossimo caso, aderendo in tale occasione il Tribunale all'orientamento della Commissione secondo cui il procedimento di indagine può dirsi terminato non tanto quando la decisione che pone ad esso termine viene adottata²²⁶, bensì in un momento successivo, ossia quando la stessa non è più suscettibile di impugnazione²²⁷. Ne consegue, come si vedrà nel paragrafo seguente, che le conclusioni sinora raggiunte dovranno essere riconsiderate in un senso ulteriormente estensivo del campo di applicazione della presunzione generale di riservatezza.

3.4 Il caso *Sea Handling*: l'ampliamento del margine di operatività della presunzione generale di riservatezza ed il mancato riconoscimento delle garanzie fondamentali della Carta

3.4.1 Il giudizio del Tribunale

La vicenda che ha dato origine alla pronuncia del Tribunale²²⁸, confermata in sede di impugnazione dalla Corte²²⁹, coinvolge la società *Sea Handling S.p.A.* ("Sea Handling"), operante nel settore dell'assistenza a terra presso gli aeroporti di Milano Linate e Milano Malpensa e destinataria di misure pubbliche di sostegno.

²²⁶ In tal senso si sono orientati sia il Tribunale, sia l'avvocato generale Kokott nella causa *TGI*. In particolare, il Tribunale, al pt. 93 della sentenza 14 dicembre 2006, *TGI c. Commissione*, osserva che: «per quanto riguarda l'applicazione *ratione temporis* dell'eccezione invocata, la Commissione fa riferimento a documenti concernenti «indagini in corso», formulazione generica che non consente di concludere con sufficiente certezza che tutti i documenti oggetto della domanda d'accesso potessero ancora, il giorno dell'adozione della Decisione, rientrare nell'ambito della detta eccezione, senza dimenticare che, alla data del 28 maggio 2002, il procedimento d'aiuto C 19/2000 era concluso». Cfr. anche pt. 125 delle conclusioni.

²²⁷ Poiché, in caso di annullamento della decisione, si rende necessario un nuovo esame della misura di aiuto da parte della Commissione e, conseguentemente, l'adozione di una nuova decisione.

²²⁸ Trib. 25 marzo 2015, causa T-456/13, *Sea Handling c. Commissione*.

²²⁹ Corte giust. 14 luglio 2016, causa C-271/15 P, *Sea Handling c. Commissione*.

Con decisione del 19 dicembre 2012, la Commissione dichiarava incompatibili con il mercato interno gli aumenti di capitale posti in essere dalla società Sea S.p.A. a favore della sua controllata Sea Handling.

Nel febbraio 2013, la Sea Handling presentava alla Commissione una domanda ai sensi del reg. (CE) n. 1049/2001, per ottenere l'accesso ai documenti del fascicolo istruttorio e, nello specifico, alla denuncia all'origine del procedimento di indagine, alla sua successiva integrazione ed alla corrispondenza tra Commissione e denunciante, ove esistente²³⁰. La Sea Handling adduceva, a sostegno della propria richiesta, l'esigenza di poter esercitare nel modo più efficace possibile il diritto di difesa nell'ambito del ricorso per annullamento – il cui termine di deposito sarebbe scaduto di lì a breve – che intendeva proporre avverso la decisione della Commissione di incompatibilità dell'aiuto²³¹.

Nel giugno 2013 la Commissione, a seguito di numerosi solleciti da parte della Sea Handling, adottava tardivamente – e oltre il termine utile per la proposizione da parte di quest'ultima del ricorso in annullamento – una decisione di diniego di accesso, fondata sulle eccezioni previste all'art. 4, par. 2, 1° e 3° trattino, del reg. (CE) n. 1049/2001. La Commissione riteneva che i documenti richiesti, formando parte integrante del fascicolo relativo al procedimento di controllo dell'aiuto di Stato, fossero interamente coperti da una presunzione generale di riservatezza e, per tale motivo, non potessero essere divulgati.

La Sea Handling ricorreva al Tribunale per chiedere l'annullamento di tale decisione. La ricorrente sosteneva che la Commissione non avesse effettuato un esame specifico e concreto della domanda di accesso, essendosi limitata a classificare i documenti richiesti come atti della procedura di indagine e avendoli

²³⁰ La Commissione concludeva la fase di indagine preliminare, avviata a seguito della denuncia originaria, ritenendo che la misura di sostegno concessa dalla società Sea S.p.A. alla sua controllata Sea Handling non costituisse aiuto. Tuttavia, a seguito dell'integrazione della denuncia originaria presentata dal denunciante, la Commissione effettuava una nuova richiesta di informazioni alle autorità italiane ed apriva la fase di indagine formale, giungendo ad una convinzione opposta a quella maturata all'esito dell'esame preliminare, ossia constatando l'incompatibilità della misura di aiuto.

²³¹ La Sea Handling proponeva ricorso avverso la decisione di incompatibilità dell'aiuto in data 15 marzo 2013 (causa T-152/13, *Sea Handling SpA c. Commissione*) e nella causa interveniva *ad adiuvandum* lo Stato italiano. Due ulteriori ricorsi venivano introdotti, rispettivamente, dall'Italia (cause T-125/13, *Italia c. Commissione*) e dal Comune di Milano (causa T-167/13, *Comune di Milano c. Commissione*) per l'annullamento della decisione di incompatibilità dell'aiuto. Tutte e tre le cause risultano ancora pendenti al momento in cui si scrive.

ritenuti coperti, in quanto tali ed a prescindere dal loro contenuto e dalla loro provenienza, dalla presunzione generale di riservatezza.

Inoltre, la Sea Handling non riteneva trasponibile al caso di specie, in cui l'indagine della Commissione era già conclusa alla data di presentazione della richiesta di accesso, la giurisprudenza *TGI*, che, al contrario, riguardava un'ipotesi di indagine ancora aperta. Pertanto, secondo la Sea Handling, la Commissione aveva erroneamente applicato in modo estensivo – anziché restrittivo – la presunzione generale di riservatezza relativa alla tutela delle attività di indagine, in difformità rispetto alla *ratio* del reg. (CE) n. 1049/2001 ed all'art. 42 della Carta.

Secondo la Commissione, gli argomenti della Sea Handling contrastavano con la giurisprudenza del giudice dell'Unione in ordine al rapporto tra il reg. (CE) n. 1049/2001 e la disciplina in materia di aiuti.

Per quanto riguarda l'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine, la Commissione sosteneva la trasponibilità della soluzione individuata nella sentenza *TGI* della Corte, considerando applicabile anche al caso di specie la presunzione generale di riservatezza enucleata in quella pronuncia con riferimento a procedimenti di controllo in corso di svolgimento. A tal fine, la Commissione evidenziava che la Sea Handling aveva impugnato la decisione di incompatibilità dell'aiuto ed il ricorso era ancora pendente, con la conseguenza che il procedimento di indagine era passibile di riapertura e non poteva essere ritenuto definitivamente concluso.

Per quanto riguarda l'eccezione relativa alla tutela degli interessi commerciali²³², la Commissione, anziché allinearsi al precedente *NLG*, analizzato poco sopra, riteneva applicabile in via analogica la presunzione generale di riservatezza riconosciuta a tutela di tali interessi dalla sentenza *Agrofert*²³³, relativa ad un'operazione di concentrazione tra imprese.

²³² Si anticipa che tale profilo non viene esaminato dalla sentenza. Il Tribunale respinge il motivo vertente sull'errore nell'interpretazione ed applicazione dell'eccezione relativa alla tutela degli interessi commerciali (art. 4, par. 2, 1° trattino, reg. (CE) n. 1049/2001), poiché «la decisione impugnata è già legittimamente fondata sulle motivazioni relative all'eccezione prevista all'articolo 4, paragrafo 2, terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001» (pt. 86).

²³³ Corte giust. 28 giugno 2012, causa C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert Holding*. Per un'analisi della sentenza si v.: A. LACRESSE, *Protection des objectifs d'enquête et des intérêts commerciaux: La Cour de justice consacre le caractère confidentiel des documents échangés entre la Commission et les parties ou les tiers dans le cadre des procédures de concurrence*, in *Rev. Concurrences*, 2012, n. 4, p. 143 ss.; G. MUGUET-POULLENNEC, *Le «secret de la concurrence» en matière de concentrations: du principe général d'accès aux documents au refus global de communication*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2012, n. 33, p. 42 ss.; F. DE BURE, J.-B. PINÇON, *La réhabilitation du secret en*

In base ai precedenti richiamati, la Commissione concludeva per l'insussistenza dell'obbligo di effettuare una valutazione concreta del contenuto dei documenti richiesti dalla Sea Handling, ritenendo di aver correttamente proceduto con il diniego di accesso.

Nella propria sentenza, il Tribunale richiama anzitutto la giurisprudenza della Corte²³⁴ che delinea per l'attività amministrativa un obbligo di trasparenza meno ampio e stringente di quello richiesto per l'attività legislativa (pt. 51). Inoltre, il Tribunale ricorda che il diritto di accesso non è assoluto e che, in forza del regime di eccezioni di cui all'art. 4 del reg. (CE) n. 1049/2001, esso può venire assoggettato a determinati limiti per motivi di interesse pubblico o privato (pt. 52).

Sempre in via di premessa, il Tribunale ricorda che, «secondo una giurisprudenza consolidata della Corte», per poter giustificare il diniego di accesso ad un documento «non basta, in linea di principio, che tale documento riguardi un'attività fra quelle menzionate all'articolo 4, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 1049/2001», giacché l'istituzione deve «anche spiegare come l'accesso a tale documento potrebbe arrecare concretamente ed effettivamente pregiudizio all'interesse tutelato da un'eccezione» (pt. 54).

Tuttavia, nel prosieguo del proprio ragionamento, il Tribunale si allinea in modo rigoroso alla giurisprudenza TGI della Corte. In altre parole, il Tribunale ammette che la giustificazione del diniego di accesso possa basarsi su presunzioni di carattere generale «che si applicano a determinate categorie di documenti, in quanto a domande di divulgazione riguardanti documenti della stessa natura possono applicarsi considerazioni di ordine generale analoghe» (pt. 55), senza imporre all'istituzione di verificare se le considerazioni di ordine generale normalmente applicabili ad una determinata categoria di documenti siano effettivamente applicabili anche agli specifici documenti richiesti nel caso concreto dalla Sea Handling. In sostanza, come già osservato con le sentenze TGI della Corte e *Ryanair* del Tribunale, ai fini dell'applicazione della presunzione generale di riservatezza è ritenuta sufficiente la constatazione che i documenti richiesti costituiscono parte integrante del fascicolo amministrativo del procedimento di aiuti.

Anche nel ricostruire la presunzione generale in materia di aiuti di Stato, il Tribunale ripercorre il ragionamento già svolto dalla Corte nel caso TGI: (i) la

contrôle des concentrations: quelles conséquences pour le droit de la concurrence?, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2013, n. 34, p. 9 ss.

²³⁴ Il Tribunale richiama, oltre alla sentenza della Corte nel caso TGI, anche Corte giust. 27 febbraio 2014, causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW*.

presunzione generale deriva dal reg. (CE) n. 659/1999 (in particolare, dagli artt. 20 e 6, par. 2) e dalla giurisprudenza relativa al diritto di consultare i documenti del fascicolo amministrativo della Commissione; (ii) da tali elementi si ricava che gli interessati diversi dallo Stato membro responsabile dell'erogazione dell'aiuto non hanno il diritto di consultare, nel procedimento di indagine, il fascicolo della Commissione; (iii) questa circostanza va tenuta in conto nell'interpretazione dell'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine, di cui all'art. 4, par. 2, 3° trattino, del reg. (CE) n. 1049/2001, al fine di non pregiudicare il sistema di controllo degli aiuti, poiché il diritto di accesso al fascicolo e il diritto di accesso ai sensi del reg. (CE) n. 1049/2001, per quanto giuridicamente distinti, conducono comunque allo stesso risultato funzionale, indipendentemente dal fondamento giuridico sulla cui base l'accesso è accordato; (iv) il riconoscimento della presunzione generale non esclude il diritto per gli interessati di dimostrare che tale presunzione non copre i documenti richiesti o che sussiste un interesse pubblico prevalente alla divulgazione (pt. da 59 a 64).

La pronuncia *Sea Handling* del Tribunale non costituisce, tuttavia, una mera riproduzione del precedente *TGI* della Corte, bensì aggiunge ulteriori importanti tasselli a precisazione dell'ambito di operatività della presunzione generale.

Più in particolare, dalla sentenza in commento emerge che il riconoscimento della presunzione generale di riservatezza nelle procedure di controllo in materia di aiuti di Stato prescinde sia (i) dalla circostanza che la richiesta di accesso venga formulata con specifico riferimento a taluni ben individuati documenti oppure in modo generico e globale all'intero fascicolo istruttorio; sia (ii) dalla circostanza che le indagini della Commissione sulla misura di aiuto siano ancora in corso oppure siano concluse alla data di presentazione della richiesta di accesso.

Quanto al primo profilo *sub* (i), il Tribunale ricorda che, già in una precedente fattispecie – il caso *Beninca* (vertente sulla diversa eccezione relativa alla tutela del processo decisionale *ex art.* 4, par. 3, del reg. (CE) n. 1049/2001)²³⁵ – la presunzione generale è applicata a fronte di una richiesta di accesso ad *un unico* documento²³⁶.

²³⁵ Trib. 25 ottobre 2013, causa T-561/12, *Beninca c. Commissione*. Per un commento alla sentenza si v. F. DE BURE, J.-B. PINÇON, *Accès au dossier de contrôle des concentrations: le Tribunal de l'Union européenne fait marche arrière*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2014, n. 38, p. 19.

²³⁶ Non si tratta, peraltro, del solo precedente, giacché anche la Corte, nel caso *Access Info Europe* (Corte giust. 17 ottobre 2013, causa C-280/11 P, *Consiglio c. Access Info Europe*, pt. 72), parimenti vertente sull'eccezione posta a tutela del processo decisionale, ammette l'esistenza di una presunzione generale di riservatezza a fronte della richiesta di accesso ad un solo documento (una nota del Segretariato generale del Consiglio al gruppo di lavoro

Per conseguenza, il fatto che Sea Handling formuli una domanda di accesso specifica e puntuale a due soli documenti (la denuncia, l'integrazione della denuncia e la correlata corrispondenza fra Commissione e denunciante, ove esistente) non vale ad escludere l'applicabilità della presunzione generale ai documenti da essa richiesti. In tal modo, viene portata a conseguenze ancor più stringenti l'interpretazione resa nel caso *Ryanair*, ove il Tribunale, ai fini del riconoscimento della presunzione generale di riservatezza, non attribuisce rilevanza al fatto che la domanda di accesso sia formulata in maniera non completamente generica (come avvenuto nel caso *TGI*) e che il richiedente accesso si sia sforzato di individuare talune categorie di documenti divulgabili senza pregiudizio per gli obiettivi delle attività di indagine in ragione del loro specifico contenuto.

La conclusione ancor più restrittiva raggiunta sul punto nel caso *Sea Handling* non pare, in realtà, completamente coerente con la *ratio* che sorregge l'utilizzo delle presunzioni generali di riservatezza, per come desumibile dai casi finora analizzati e descritta nella stessa sentenza in commento. Qui il Tribunale sostiene che il ricorso alla presunzione generale sia necessario per «trattare una domanda globale rispondendo in modo altrettanto globale» (pt. 57)²³⁷. In tal senso militano anche i richiami *ad adiuvandum* effettuati dal Tribunale a tutte le ipotesi in cui la Corte ha riconosciuto, in vari settori del diritto dell'Unione, la sussistenza di presunzioni generali di riservatezza (pt. 56)²³⁸: si tratta, infatti, di casi in cui, come

sull'informazione istituito in seno al Consiglio stesso, relativa alla proposta di un nuovo regolamento sull'accesso del pubblico ai documenti).

²³⁷ A tal fine, il Tribunale fa riferimento ad un passaggio della sentenza della Corte nel caso *LPN* (relativo alla fase precontenziosa di una procedura di infrazione): Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 56.

²³⁸ Il Tribunale si preoccupa di dimostrare che le presunzioni generali di riservatezza rappresentano il risultato di un orientamento ampiamente consolidato in vari settori del diritto dell'Unione e, a tal fine, ripercorre tutte le fattispecie in cui la Corte ha riconosciuto e legittimato l'utilizzo di simili strumenti: caso *TGI* già più volte richiamato per i documenti del fascicolo istruttorio in materia di aiuti di Stato; casi *Éditions Odile Jacob* e *Agrofert* per i documenti scambiati tra Commissione e parti notificanti o terzi nei procedimenti di controllo delle concentrazioni tra imprese (Corte giust. 28 giugno 2012, causa C-404/10 P, *Commissione c. Éditions Odile Jacob*, pt. 123 e causa C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert Holding*, pt. 64); caso *API* per le memorie depositate da un'istituzione in un procedimento giurisdizionale (Corte giust. 21 settembre 2010, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Svezia e a. c. API e Commissione*, pt. 94); caso *LPN* per i documenti relativi alla fase precontenziosa di un procedimento di inadempimento (Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 65); caso *EnBW* per i documenti del fascicolo di un procedimento di applicazione dell'art. 101 TFUE (Corte giust. 27 febbraio 2014, causa C-

ammesso dallo stesso Tribunale, «*la domanda di accesso in questione non era diretta ad un solo documento, bensì ad un insieme di documenti*» (pt. 57). La giurisprudenza sulla presunzione generale, se ne desume, è stata sviluppata essenzialmente con riferimento a domande di accesso generiche o globali, con una finalità di carattere pratico, ossia ripristinare l'equilibrio tra il diritto del richiedente accesso di proporre una domanda ampia, potenzialmente relativa a tutti i documenti del fascicolo o comunque ad un numero elevato di documenti (a ciò non ostando alcuna disposizione del reg. (CE) n. 1049/2001) ed il dovere dell'istituzione destinataria della richiesta di analizzare tutti i documenti, con conseguente possibile carico di lavoro eccessivo nel trattamento della richiesta. In tale ottica, se, come nel caso *Sea Handling*, la domanda riguarda taluni singoli e specifici documenti, venendo meno lo scopo cui la presunzione generale è preposta, dovrebbe ritenersi che non sussista alcun motivo per accordare alla Commissione un trattamento in deroga agli obiettivi previsti dal reg. (CE) n. 1049/2001 e che, pertanto, l'istituzione sia tenuta a verificare tali documenti tenendo conto della loro tipologia, contenuto e provenienza.

Tuttavia, la sentenza *Sea Handling*, citando la giurisprudenza della Corte nel caso *LPN*²³⁹, aggiunge una importante precisazione ulteriore, assente nei casi precedentemente analizzati in materia di aiuti, affermando che: «*la necessità di verificare se la presunzione generale in questione si applichi concretamente non può essere interpretata nel senso che la Commissione dovrebbe esaminare singolarmente tutti i documenti richiesti nel caso di specie. Un obbligo in tal senso priverebbe detta presunzione generale del suo effetto utile*» (pt. 65), in quanto costringerebbe la Commissione a verificare la possibilità di concedere l'accesso anche solo a taluni dei documenti richiesti, come se non esistesse alcuna presunzione generale. Per conseguenza, il Tribunale, richiamandosi questa volta ad un precedente in materia di concentrazioni tra imprese (caso *Éditions Odile Jacob*²⁴⁰), manleva la Commissione

365/12 P, *Commissione c. EnBW*, pt. 93). Così facendo il Tribunale persegue – presumibilmente – l'intento di superare le critiche espresse dalla dottrina con riferimento alla giurisprudenza *TGI* e, più in generale, all'utilizzo estensivo delle presunzioni generali di riservatezza.

²³⁹ Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*.

²⁴⁰ Corte giust. 28 giugno 2012, causa C-404/10 P, *Commissione c. Éditions Odile Jacob*, pt. 133. Per un'analisi di questa sentenza si vedano: K. DIETZEL, M. SCHONBERG, *Protecting merger files - Public access to the EC's merger files has just got harder*, in *Competition Law Insight*, 2012, vol. 11, p. 15; A. LACRESSE, *Protection des objectifs d'enquête et des intérêts commerciaux: la Cour de justice consacre le caractère confidentiel des documents échangés entre la Commission et les parties ou*

anche dalla verifica circa la possibilità di concedere un accesso parziale ai documenti richiesti dalla Sea Handling, in quanto la presunzione generale di riservatezza «signific[a] che i documenti cui essa si applica sfuggono all'obbligo di divulgazione, integrale o parziale, del loro contenuto»²⁴¹.

Quanto appena osservato sembra dunque spostare i termini della questione del riconoscimento della presunzione generale da una tematica di tipo pratico (basata su considerazioni relative all'alleggerimento degli oneri amministrativi nel trattamento delle domande di accesso generiche o globali) ad una tematica teorica, connessa alla natura del procedimento in materia di aiuti. In sostanza, la circostanza che i documenti richiesti facciano parte di un fascicolo in materia di aiuti è sufficiente di per sé – e pena la perdita di *effet utile* nel ricorso alla presunzione generale – per rendere applicabile detta presunzione, a prescindere dal maggior o minor grado di specificità della domanda di accesso, ossia tanto se essa riguarda genericamente e globalmente l'intero fascicolo o comunque un insieme di documenti, quanto se essa riguarda taluni singoli e specifici documenti di tale fascicolo. In tal modo, il Tribunale estende l'ambito di applicazione della presunzione generale sinora delineata nelle sentenze *TGI* della Corte e *Ryanair* del Tribunale e azzera la distinzione fra domanda di accesso globale e domanda di accesso specifica (distinzione che, invece, manterrebbe un significato ove la *ratio* della presunzione fosse correlata esclusivamente a considerazioni di carattere pratico), ammettendo che entrambe possano essere trattate in modo globale ai fini del riconoscimento dell'esistenza di una presunzione generale di riservatezza dei documenti richiesti.

Quanto al secondo profilo prima anticipato *sub* (ii), il Tribunale rigetta l'argomento della Sea Handling relativo all'inapplicabilità al caso in esame, caratterizzato da un'indagine già conclusa alla data della richiesta di accesso, della pronuncia *TGI* della Corte, che si esprime in relazione ad una fattispecie in cui il procedimento di controllo è ancora in corso di svolgimento. Nel respingere l'argomento della ricorrente, il Tribunale fa riferimento, in via analogica, al caso *EnBW*²⁴² relativo ad un'indagine *antitrust*, affermando che in tale occasione «la

les tiers dans le cadre des procédures de concurrence, cit.; F. DE BURE, J.-B. PINÇON, *La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations: quelles conséquences pour le droit de la concurrence?*, cit.

²⁴¹ Ne consegue che la circostanza per cui la Commissione ha «negato un accesso, seppur parziale» ai documenti richiesti risulta conforme, secondo il Tribunale, al precedente richiamato (pt. 91-92).

²⁴² Corte giust. 27 febbraio 2014, causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW*, pt. 98. Per un'analisi di questa pronuncia si v.: C. LACCHI, A. ÖSTLUND, *General Presumptions of Non-disclosure of Leniency Documents: a New Approach to the Interaction between Public and Private*

Corte ha già dichiarato che la divulgazione dei documenti richiesti può arrecare pregiudizio alla tutela delle attività di indagine relative ad un procedimento di applicazione dell'articolo 101 TFUE quando sia in atto un ricorso giurisdizionale nel merito contro la decisione [...] Tale constatazione può essere applicata per analogia anche a un procedimento di controllo di aiuti di Stato. Una tale soluzione si spiega per il fatto che la Commissione può, in funzione dell'esito del procedimento giurisdizionale, riprendere le sue attività di indagine ai fini dell'eventuale adozione di una nuova decisione» (pt. 70-71).

In sostanza, il Tribunale accoglie anche in materia di aiuti la tesi²⁴³ secondo cui un'indagine non può considerarsi definitivamente conclusa qualora sia proposto un ricorso in annullamento contro la decisione della Commissione che chiude l'indagine sulla misura di aiuto, in quanto l'eventuale annullamento da parte del giudice di tale decisione comporta l'obbligo per la Commissione di adottare una nuova decisione e, quindi, di riaprire il procedimento²⁴⁴. Ne consegue che la definitività della decisione – e quindi la conclusione del procedimento – interviene solo quando il giudice dell'Unione rigetta il ricorso in annullamento con pronuncia definitiva.

Si ammette, per tale via, una nozione particolarmente lata del concetto di “conclusione del procedimento”, a suo tempo criticata dall'avvocato generale nelle conclusioni al caso *TGI*, affermando che: «non è da escludersi che un'eventuale riapertura di un'indagine relativa all'aiuto venga pregiudicata dalla divulgazione del fascicolo del procedimento a seguito della decisione relativa a tale aiuto. La decisione pone tuttavia fine, innanzitutto, ad eventuali negoziati con lo Stato membro. Essa viene pubblicata ed è impugnabile. Qualora la Commissione, in una situazione del genere, ritenesse che la riapertura dell'indagine relativa all'aiuto, ossia dei negoziati oggetto di

Enforcement of Antitrust Law?, in *Eur. Law Rep.*, 2014, p. 56 ss.; B. LEBRUN, L. BERSOU, *Commission v EnBW Energie: Non-Disclosure of Leniency Documents*, in *Journal Eur. Comp. Law & Practice*, 2014, p. 462 s.; D. MANDRESCU, *Access to Leniency Programme Documents Based on the Transparency Regulation: The European Commission v. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, in *Leg. Issues Economic Integration*, 2015, p. 301 ss.

²⁴³ Tale tesi è sostenuta dalla Commissione nel controricorso ed è già stata dalla medesima proposta anche nel caso *TGI*. Si rimanda, per quanto riguarda quest'ultimo caso, alle osservazioni di cui alla precedente nota n. 226.

²⁴⁴ Cfr. art. art. 13 reg. (CE) n. 659/1999, ove si prevede che il procedimento di indagine deve concludersi con una decisione della Commissione.

tutela, sia prevedibile, la stessa ammetterebbe che la sua decisione è inficiata da errori di diritto»²⁴⁵.

Dall'interpretazione accolta dal Tribunale discende che, nel caso in esame, essendo pendente l'impugnazione promossa dalla Sea Handling avverso la decisione di incompatibilità dell'aiuto, non si può escludere che la Commissione sia tenuta a riavviare il procedimento di indagine (in caso di esito per essa sfavorevole del ricorso): in sostanza, la fattispecie viene parificata ad un'ipotesi di indagine non conclusa, in quanto potenzialmente riapribile, con la conseguenza che può trovare ad essa applicazione la presunzione generale di riservatezza.

Procrastinando il momento in cui il procedimento di controllo può dirsi terminato ed in cui viene meno l'esigenza di tutelare gli obiettivi delle attività di indagine, il Tribunale consente una ulteriore estensione dell'ambito di operatività della presunzione generale, la quale può essere riconosciuta anche in ipotesi in cui le indagini siano state portate a termine con una decisione della Commissione, ma tale decisione sia *sub iudice* a seguito di impugnazione.

In conclusione, il Tribunale ritiene legittimo il diniego opposto dalla Commissione alla richiesta di Sea Handling, sostenendo che la Commissione abbia correttamente negato l'accesso senza procedere all'esame concreto e specifico dei documenti richiesti ed abbia correttamente applicato la presunzione generale di riservatezza con una motivazione complessiva (*i.e.* trattando in modo globale la richiesta di Sea Handling), tenuto conto che la ricorrente – come in tutti i casi sinora analizzati – non è riuscita a superare la *probatio diabolica*, ossia a

²⁴⁵ Cfr. pt. 125 delle più volte menzionate conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa TGI. Si esprimono in termini critici anche Trib. 9 giugno 2010, causa T-237/05, *Éditions Jacob c. Commissione*, pt. 73 ss.; 22 maggio 2012, causa T-344/08, *EnBW c. Commissione*, pt. 57: «il regime di accesso al fascicolo proprio a un particolare procedimento, sia questo in materia di aiuti di Stato o in materia di concorrenza, è applicabile soltanto durante il procedimento di cui trattasi. Di conseguenza, si deve considerare che il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza TGI [...] non può essere trasposto ad una situazione in cui l'istituzione ha già adottato una decisione definitiva che chiude il caso al cui fascicolo viene chiesto l'accesso, come avviene nel caso di specie» e conclusioni dell'avvocato generale Villalón presentate in data 8 dicembre 2011 nella causa C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert Holding*, pt. 75: «al termine del procedimento, l'accesso ai documenti prodotti nel corso dello stesso con l'obiettivo di pervenire all'adozione di una decisione finale e definitiva non può più, per definizione, mettere a repentaglio l'esito del procedimento né, quindi, la decisione con cui si è concluso». Un ulteriore profilo critico circa l'interpretazione accolta dal Tribunale nel caso *Sea Handling* in merito alla nozione di "chiusura del procedimento" attiene alla considerazione che, in tal modo, si conferisce alla Commissione una sorta di potere sostanzialmente "senza prescrizione" (derivante dalla possibile adozione di una nuova decisione a seguito di riapertura delle indagini).

dimostrare che i documenti non erano coperti dalla presunzione o che sussisteva un interesse pubblico prevalente alla loro divulgazione.

Un'ultima considerazione sulla sentenza in esame riguarda l'asserita violazione delle previsioni della Carta dei diritti fondamentali. La causa in esame è l'unica in cui, per la prima volta, vengono poste all'attenzione del giudice violazioni dei diritti fondamentali in essa tutelati.

In particolare, la Sea Handling deduceva la violazione dell'art. 42 della Carta. La norma veniva invocata a fondamento della violazione della Commissione consistente nel non aver bilanciato l'interesse alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine con l'interesse pubblico prevalente alla divulgazione dei documenti richiesti, identificato nell'interesse generale alla trasparenza dei processi decisionali delle istituzioni. Il Tribunale respinge l'argomento della ricorrente, ritenendolo eccessivamente generico e precisando che l'interesse pubblico prevalente non può coincidere con un sommario riferimento al principio di trasparenza. Più precisamente, il Tribunale afferma che l'interesse pubblico prevalente «*deve essere distinto dal principio di trasparenza*»²⁴⁶ (pt. 100) e che «*solo qualora le peculiari circostanze del caso di specie consentano di ritenere che il principio di trasparenza presenti una rilevanza particolare, tale principio può rappresentare un interesse pubblico superiore*» (pt. 101)²⁴⁷.

²⁴⁶ Si veda, invece, Corte giust. 1° luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, pt. 67, ove la Corte ritiene che costituisca interesse pubblico prevalente «il fatto che la divulgazione dei documenti contenenti il parere del servizio giuridico di un'istituzione su questioni giuridiche sorte nel corso del dibattito su iniziative legislative possa aumentare la trasparenza e l'apertura del procedimento legislativo e rafforzare il diritto democratico dei cittadini europei di controllare le informazioni che hanno costituito il fondamento di un atto legislativo, come indicato, in particolare, nei 'considerando' secondo e sesto di detto regolamento».

²⁴⁷ Per completezza, occorre osservare che Sea Handling invocava anche l'interesse pubblico prevalente alla tutela giurisdizionale effettiva, sostenendo la correlata violazione dell'art. 47 della Carta. Il Tribunale respinge anche questo argomento, sul presupposto che l'interesse pubblico prevalente non possa mai coincidere con un interesse privato e personale del richiedente accesso. In sostanza, il Tribunale precisa che l'esigenza invocata da Sea Handling di poter prendere visione dei documenti richiesti al fine di apprestare al meglio la propria difesa nel giudizio di annullamento avverso la decisione di incompatibilità dell'aiuto non è in alcun modo rilevante, dal momento che «l'interesse personale della ricorrente, in quanto beneficiaria di un aiuto di Stato e interessata da procedimenti di controllo degli aiuti di Stato, ad esercitare il suo diritto ad impugnare la decisione della Commissione adottata al termine di un tale procedimento, non può essere considerato come interesse pubblico superiore prevalente sugli interessi protetti al primo e al terzo trattino dell'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001 e atto a giustificare la divulgazione dei documenti [...]». Infatti, l'interesse individuale che può invocare un soggetto che chiedi accesso a

Sea Handling invocava altresì la violazione degli artt. 41 e 47 della Carta, per contestare alla Commissione talune violazioni procedurali, relative al superamento dei termini di risposta dell'istituzione alla richiesta di accesso previsti dagli articoli 7 e 8 del reg. (CE) n. 1049/2001. Per quel che qui rileva, preme osservare che l'art. 41 della Carta non è invocato con specifico riferimento alla disposizione di cui al suo par. 2, lett. b), ossia al diritto ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, bensì con riferimento al (più ampio) diritto alla buona amministrazione, leso dalle violazioni dei termini di trattamento della domanda di accesso. Tale censura, pertanto, non pertiene in modo diretto alla lesione del diritto di accesso al fascicolo. Tuttavia, nel respingere le censure della ricorrente in ordine alla violazione degli artt. 41 e 47 della Carta²⁴⁸, il Tribunale offre un'importante precisazione, che risulta di interesse anche ai fini della presente indagine. In particolare, il Tribunale afferma che: «*il regolamento n. 1049/2001 non ha ad oggetto di stabilire norme dirette a tutelare l'interesse specifico che un qualsiasi soggetto possa avere alla consultazione di un documento. Ne deriva che l'interesse individuale di una persona a ricevere la comunicazione di un documento non può essere preso in considerazione dall'istituzione chiamata a stabilire se la divulgazione al pubblico di detto documento possa arrecare pregiudizio agli interessi tutelati dall'articolo 4, paragrafo 2, primo e terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001 e, in caso affermativo, a denegare la consultazione richiesta [...]. Infatti, conformemente alla ratio del principio generale di accesso ai documenti come sancito all'articolo 15 TFUE e in forza dell'articolo*

documenti che lo riguardino personalmente non può, in via generale, essere decisivo nell'ambito tanto della valutazione della sussistenza di un interesse pubblico prevalente quanto della ponderazione degli interessi ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, secondo comma, del regolamento n. 1049/2001» (pt. 105-106).

²⁴⁸ Quanto al principio di buona amministrazione, secondo il Tribunale esso «trova già espressione negli articoli 7 e 8 del regolamento n. 1049/2001, come interpretati dalla giurisprudenza dell'Unione europea. Orbene, la Corte ha già dichiarato che, quando, come nella specie, la Commissione ha risposto alla domanda confermativa del ricorrente fuori termine, ma prima che questi traesse conseguenze dall'assenza di risposta tempestiva conformemente all'articolo 8, paragrafo 3, del regolamento n. 1049/2001 – ossia che proponesse un ricorso giurisdizionale contro la risposta implicita o presentasse una denuncia al Mediatore europeo –, il superamento dei termini non può determinare un'illegittimità della risposta della Commissione tale da giustificarne l'annullamento». Quanto al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, il Tribunale osserva «da un lato, che la questione se una persona necessiti di un documento per preparare un ricorso di annullamento rientra nell'esame di tale ricorso e, dall'altro, che tale necessità, anche ad ipotizzarla accertata, non rileva nell'ambito della valutazione del bilanciamento degli interessi di cui all'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001 dinanzi a una domanda di accesso al documento» (pt. 44).

2, paragrafo 1, del regolamento n. 1049/2001, i beneficiari del diritto di accesso ai documenti delle istituzioni sono “[q]ualsiasi cittadino dell’Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro”. Ne discende che questo regolamento mira a garantire l’accesso di tutti ai documenti pubblici e non solo del richiedente ai documenti che lo riguardano» (pt. 41-42).

Tale argomentazione sembra lasciare ben poco margine per la possibilità di invocare, in ipotesi, anche il più specifico diritto di accesso al fascicolo di cui all’art. 41, par. 2, lett. b), della Carta (sebbene il giudice non si sia pronunciato direttamente su tale norma, essendo la censura formulata in diverso modo) e conferma lo spazio del tutto secondario riservato a tale strumento normativo nella giurisprudenza in esame. In effetti, dall’analisi finora svolta sui casi in materia di aiuti, risulta che la Carta non è mai venuta in rilievo, ad eccezione della sentenza in esame e, come si vedrà oltre, delle conclusioni dell’avvocato generale nella causa *TGI*. Su tali aspetti si tornerà più approfonditamente nel successivo par. 4.3.

3.4.2 ... confermato dalla Corte in sede di impugnazione

In esito al giudizio di primo grado, la Sea Handling decideva di ricorrere alla Corte per ottenere l’annullamento della sentenza del Tribunale e della decisione di diniego della Commissione.

La ricorrente lamentava un’applicazione eccessivamente ampia della presunzione generale di riservatezza e ribadiva che nel caso in esame la domanda di accesso non era globale, né relativa ad un insieme di documenti, bensì era riferita a due specifici documenti, puntualmente individuati e limitati nel numero (la denuncia all’origine del procedimento di indagine, la sua successiva integrazione, oltre alla relativa corrispondenza tra denunciante e Commissione, ove esistente). Secondo la Sea Handling, costituendo la presunzione generale di riservatezza un’eccezione al principio dell’accesso quanto più ampio possibile, essa avrebbe dovuto essere oggetto di interpretazione restrittiva.

Inoltre, la ricorrente riteneva che l’interpretazione del Tribunale nella sentenza di primo grado conducesse ad un risultato inaccettabile e contrario ai principi generali di un’Unione fondata sul diritto, rendendo di fatto inapplicabile il reg. (CE) n. 1049/2001 al settore degli aiuti, caratterizzato da decisioni della Commissione che incidono direttamente ed individualmente sugli asseriti beneficiari degli aiuti e sui loro concorrenti. Peraltro, la Sea Handling sosteneva che l’esclusione della materia degli aiuti dall’ambito di applicazione del reg. (CE)

n. 1049/2001 fosse in ogni caso contraria al suo art. 2, par. 3, in forza del quale tale regolamento «*riguarda tutti i documenti detenuti da un'istituzione [...] concernenti tutti i settori d'attività dell'Unione europea*».

Infine, la ricorrente rilevava che, alla data di presentazione della richiesta di accesso, il procedimento di controllo dell'aiuto si era già concluso con decisione della Commissione e che i documenti richiesti – essendo atti del denunciante e non della Commissione – erano tali da non poter essere in alcun caso modificati o completati nell'eventualità di una riapertura delle indagini²⁴⁹. Pertanto, anche qualora fossero stati resi noti, essi non avrebbero potuto incidere sull'indagine. Queste circostanze, a giudizio della ricorrente, avrebbero escluso ogni rischio di pregiudizio alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine.

Con riguardo a tale ultima censura, la Commissione replicava che la provenienza dal denunciante dei documenti richiesti non faceva comunque venir meno le considerazioni di ordine generale poste alla base della presunzione di riservatezza. In altre parole, i denunziati sarebbero sempre disincentivati ad informare la Commissione, se questa non fosse in grado di garantire la riservatezza della loro identità e dei documenti forniti. Inoltre, in caso di riapertura delle indagini a seguito di annullamento della decisione sulla misura di aiuto in sede giurisdizionale, non potrebbe escludersi che il denunciante intenda fornire ulteriori informazioni o precisare i documenti già trasmessi.

Inoltre, la Commissione sosteneva che la richiesta della Sea Handling non potesse considerarsi una domanda specifica, riguardando un'intera categoria di documenti (*i.e.* la corrispondenza tra la Commissione e l'impresa denunciante). In ogni caso, a prescindere dalla circostanza che la domanda fosse generica o specifica, la Commissione affermava che la presunzione generale di riservatezza dovesse trovare ugualmente applicazione, appartenendo i documenti richiesti al fascicolo di indagine.

La Corte respinge l'impugnazione della ricorrente, decidendo la causa senza le conclusioni dell'avvocato generale. L'assenza delle conclusioni è, già di per sé, un indice del fatto che, a giudizio della Corte, l'estensione dell'ambito di applicazione della presunzione generale di riservatezza operata dal Tribunale

²⁴⁹ Secondo la ricorrente, essendo atti del denunciante e non note interne della Commissione, né atti afferenti agli scambi tra questa e le autorità italiane, tali documenti non avrebbero comunque potuto essere modificati o completati in caso di eventuale riapertura delle indagini.

nella sentenza impugnata, rispetto ai precedenti *TGI* e *Ryanair*, non solleva «nuove questioni di diritto»²⁵⁰.

Anzitutto, la Corte ritiene che il Tribunale abbia fatto correttamente ricorso alla giurisprudenza *TGI* per la soluzione del caso in esame, sia riconoscendo la sussistenza della presunzione generale secondo cui la divulgazione dei documenti del fascicolo amministrativo di un procedimento di controllo degli aiuti di Stato pregiudica, in linea di principio, la tutela degli obiettivi delle attività di indagine, sia imponendo al richiedente accesso l'onere di provare che i documenti richiesti non sono coperti da tale presunzione o che sussiste un interesse pubblico prevalente alla divulgazione dei medesimi (pt. 38-39).

La Corte conferma altresì l'applicabilità della presunzione generale a domande di accesso specifiche, riguardanti anche un solo documento, affermando che: «il fatto che i documenti di cui era stata chiesta la divulgazione facessero parte del fascicolo amministrativo di un procedimento di controllo degli aiuti di Stato era sufficiente, nella fattispecie in esame, a giustificare l'applicazione della presunzione generale di riservatezza dei documenti relativi a un tale procedimento, e ciò a prescindere dal numero di documenti oggetto della domanda» (pt. 41). Tale considerazione è ribadita anche in un passaggio successivo, ove la Corte rileva che: «la mera circostanza per cui il o i documenti di cui è chiesta la divulgazione rientrino nel fascicolo amministrativo di una categoria di ispezioni o di indagini delle quali la Corte ha riconosciuto che la divulgazione dell'informazione, ai sensi del regolamento n. 1049/2001, pregiudicherebbe la tutela, è atta a giustificare l'applicazione della presunzione generale di riservatezza, e ciò a prescindere se la domanda di accesso abbia identificato precisamente o meno il o i documenti interessati» (pt. 54).

Ne consegue, a giudizio della Corte, che anche in un caso quale quello in esame, caratterizzato da una domanda di accesso puntuale e rivolta ad un numero assai ridotto di documenti, l'istituzione destinataria della richiesta di accesso non è in alcun modo tenuta a svolgere un esame specifico e concreto della domanda, essendo sufficiente «verificare se [...] tali documenti rientr[ino] in un'indagine condotta nell'ambito di un procedimento di controllo di aiuti di Stato» (pt. 68). Ove, al contrario, si imponesse all'istituzione di «verificare se una tale presunzione generale

²⁵⁰ Ai sensi dell'art. 20 dello Statuto della Corte, difatti, si prevede che: «ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto, la Corte può decidere, sentito l'avvocato generale, che la causa sia giudicata senza conclusioni dell'avvocato generale». Su tale aspetto si v. in dottrina, *ex multis*, P. BIAVATI (con presentazione di F. CARPI), *Diritto processuale dell'Unione europea*, 4° ed., Milano, 2009, p. 104.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 408 ss.

si applichi concretamente a uno specifico caso», ossia di «esaminare singolarmente tutti i documenti di cui è chiesta la divulgazione, [...] tale obbligo priverebbe del suo effetto utile detta presunzione generale» (pt. 69).

In tal modo, la Corte corrobora l'impostazione del Tribunale, dalla quale si ricava che la *ratio* giustificatrice della presunzione generale risiede nell'appartenenza dei documenti richiesti al fascicolo istruttorio e non nella riduzione del carico di lavoro per l'istituzione a fronte di domande relative a documenti molto voluminosi, sebbene sia evidente che, sotto il profilo funzionale, l'uso della presunzione generale costituisce un'innegabile agevolazione per l'istituzione nell'assolvimento dei compiti connessi al trattamento della richiesta di accesso.

Da quanto sopra consegue, secondo la Corte, che il Tribunale ha correttamente riconosciuto che i documenti coperti da presunzioni generali sfuggono all'obbligo di una divulgazione – tanto integrale, quanto parziale – del loro contenuto. Per argomentare tale conclusione, la Corte traspone al caso di specie della soluzione proposta nella già citata sentenza *Éditions Odile Jacob*, secondo cui i documenti coperti dalla presunzione generale non possono essere oggetto di divulgazione né integrale, né parziale²⁵¹. L'applicabilità di tale giurisprudenza, relativa ad un caso di concentrazione tra imprese, anche nel diverso settore degli aiuti di Stato viene affermata dalla Corte sulla base di un argomento "circolare", così motivato: *«poiché, nella causa che ha dato luogo a detta sentenza [Éditions Odile Jacob], relativa all'accesso ai documenti in materia di procedimenti di controllo delle operazioni di concentrazione di imprese, la Corte ha tratto conclusioni dalla sua giurisprudenza risultante dalla sentenza [TGI], riguardante l'accesso ai documenti relativi ai procedimenti di controllo degli aiuti di Stato, occorre constatare che i principi di tale prima sentenza si applicano in materia di accesso ai documenti relativi ai procedimenti di controllo degli aiuti di Stato»* (pt. 62). Ne consegue che, a giudizio della Corte, non può essere contestato al Tribunale di non aver verificato se la Commissione potesse legittimamente ritenere di non divulgare alcuna parte dei documenti richiesti (pt. 63).

Quanto alla censura della *Sea Handling* secondo cui l'interpretazione del Tribunale avrebbe reso di fatto inapplicabile il reg. (CE) n. 1049/2001 al settore degli aiuti, la Corte ritiene che: *«basarsi sul regolamento n. 659/1999 per giustificare la sussistenza della presunzione generale di riservatezza [...] non finisce col privare di*

²⁵¹ Cfr., in particolare, il pt. 133 della sentenza Corte giust. 28 giugno 2012, causa C-404/10 P, *Commissione c. Éditions Odile Jacob*.

ogni effetto utile il diritto di accesso ai documenti sancito dal regolamento n. 1049/2001. Infatti [...] tale presunzione generale non è assoluta e non esclude che alcuni dei documenti contenuti nel fascicolo della Commissione relativi a un procedimento di controllo degli aiuti di Stato possano essere divulgati» (pt. 42). Questa giustificazione della Corte sembra tuttavia arrestarsi ad un profilo formale e non tiene adeguatamente in conto le difficoltà pratiche addossate sui richiedenti accesso in forza dell'inversione dell'onere della prova. Al riguardo, basti considerare che in nessuna delle fattispecie oggetto di indagine l'onere della prova è stato positivamente superato ed anche nel caso in esame la Corte conferma che la ricorrente non ha portato elementi idonei a rovesciare la presunzione generale di riservatezza (pt. 40). Ne consegue, in definitiva, che l'operatività del reg. (CE) n. 1049/2001, seppur astrattamente riconosciuta, viene relegata ad ipotesi marginali che, nella pratica, non trovano (ancora) spazio, in assenza di casistica sull'assolvimento dell'onere della prova.

Proseguendo nell'esame della sentenza, la Corte ritiene che l'applicazione della presunzione generale da parte del Tribunale non possa essere considerata né estensiva, né sproporzionata. A tale riguardo, viene confermata l'esattezza del riferimento operato dal Tribunale alla giurisprudenza elaborata dalla Corte in materia di concentrazioni tra imprese (caso *Éditions Odile Jacob*²⁵²) in ordine alla nozione di "conclusione del procedimento", affermando che: «la divulgazione dei documenti richiesti può arrecare pregiudizio alla tutela delle attività di indagine, tenuto conto della possibilità per la Commissione, in funzione dell'esito di un procedimento giurisdizionale, di riprendere le sue attività ai fini dell'eventuale adozione di una nuova decisione. Applicando tale giurisprudenza al caso di specie, il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto, considerato che la Corte ha già dichiarato che, riguardo all'accesso al fascicolo amministrativo, i procedimenti di controllo degli aiuti di Stato e quelli di controllo delle operazioni di concentrazione sono comparabili e che occorre riconoscere, in ognuno di essi, la sussistenza di una presunzione generale di riservatezza dei documenti ivi afferenti» (pt. 44-45). Per tale via, la Corte corrobora la nozione ampia di "conclusione del procedimento" accolta dal Tribunale in primo grado, basata sulla considerazione che le esigenze di tutela degli obiettivi delle attività di indagine permangono anche ove, alla data di presentazione della richiesta di accesso, sussista già una decisione della Commissione adottata al termine del

²⁵² Corte giust. 28 giugno 2012, causa C-404/10 P, *Commissione c. Éditions Odile Jacob*, pt. 130. Cfr., per un'analoga soluzione, anche Corte giust. 27 febbraio 2014, causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW*, pt. 98-99, in materia di procedimenti *ex art.* 101 TFUE.

procedimento di indagine. Ciò in quanto, nel caso di impugnazione di tale decisione, la Commissione potrebbe dover riavviare l'indagine in funzione dell'esito del giudizio di annullamento.

Infine, quanto alla nozione di "interesse pubblico prevalente", la Corte – in quest'unica occasione – si discosta dalla sentenza del Tribunale, sostenendo un'interpretazione meno restrittiva. Se, infatti, il Tribunale ha ritenuto che l'interesse pubblico prevalente «*deve essere distinto dal principio di trasparenza*»²⁵³, la Corte si riallinea al precedente *Svezia e Turco*,²⁵⁴ affermando che «*certamente l'interesse pubblico prevalente atto a giustificare la divulgazione di un documento non deve necessariamente essere distinto dai principi che sottendono il regolamento n. 1049/2001*» (pt. 95), e quindi, evidentemente, anche al principio di trasparenza. Tuttavia, pur partendo da tale premessa più favorevole al richiedente accesso, la Corte giunge alle medesime conclusioni della sentenza di primo grado, confermando che Sea Handling non ha dimostrato nel caso concreto la «*rilevanza particolare*» del principio di trasparenza «*che avrebbe potuto prevalere sulle ragioni che giustificavano il diniego di divulgazione delle informazioni in questione*» (pt. 95).

In conclusione, l'approccio estensivo proposto dal Tribunale con la sentenza *Sea Handling* in tema di riconoscimento della presunzione generale di riservatezza in materia di aiuti di Stato trova solida conferma – come era del resto immaginabile – nella sentenza della Corte resa in sede di impugnazione. Viene così consolidato anche in materia di aiuti un orientamento restrittivo per il richiedente accesso, in gran parte derivato da una applicazione analogica delle soluzioni sviluppatesi nel parallelo settore di cui si compone il diritto economico europeo, ovvero sia il settore della concorrenza. Quest'ultimo, tuttavia, come ricordato nel par. 2 di questo capitolo, è connotato da una normativa significativamente diversa in punto di accesso al fascicolo istruttorio, che non esclude, ma anzi garantisce, tale diritto per le parti interessate da un procedimento di indagine della Commissione.

Ne consegue, come si osserverà nel successivo par. 4.1, che la trasposizione di simili soluzioni dal settore *antitrust* a quello degli aiuti conduce a conseguenze maggiormente pregiudizievoli per i richiedenti accesso al fascicolo istruttorio in un procedimento di controllo di una misura di aiuto e comporta il prevalere di soluzioni che non risultano in armonia con la *ratio* del regolamento (CE) n.

²⁵³ Cfr. pt. 100 della sentenza del Trib. 25 marzo 2015, causa T-456/13, *Sea Handling c. Commissione*.

²⁵⁴ Corte giust. 1° luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, pt. 67.

1049/2001 e, soprattutto, con gli obblighi rafforzati in tema di trasparenza e accesso ai documenti introdotti dalla riforma di Lisbona esaminati nel cap. I.

4. I profili di criticità dell'orientamento giurisprudenziale: cenni introduttivi

Nel presente paragrafo verranno analizzati i profili di maggior criticità emersi nel corso dell'esame dei casi *TGI*, *Ryanair*, *NLG* e *Sea Handling*, alla luce di una lettura orientata dalle modifiche introdotte *post* Lisbona in tema di trasparenza e di diritto di accesso.

Questa indagine si propone anche (i) da un lato, di tenere conto dell'influenza di altri settori del diritto dell'Unione e, particolarmente, del diritto della concorrenza, le cui soluzioni giurisprudenziali in tema di accesso al fascicolo hanno trovato sovente applicazione analogica anche nella materia degli aiuti; e (ii) dall'altro lato, di verificare l'influenza che, a sua volta, la giurisprudenza in tema di accesso al fascicolo istruttorio in una procedura di indagine su una misura di aiuto di Stato ha determinato in settori con caratteristiche comparabili al procedimento di controllo degli aiuti. Ci si riferisce, a tale riguardo, come anticipato nel par. 2 del cap. II, alla fase precontenziosa dei procedimenti per inadempimento.

I profili che verranno affrontati nel prosieguo del lavoro riguardano, nell'ordine, l'utilizzo delle presunzioni generali di non divulgabilità dei documenti (par. 4.1), la configurazione del rapporto fra regolamento generale sull'accesso e discipline di settore (par. 4.2) e lo spazio e la rilevanza riservati alla Carta dei diritti fondamentali (par. 4.3).

4.1 Presunzioni generali di riservatezza: gli elementi di incoerenza con il reg. (CE) n. 1049/2001 e con gli obblighi rafforzati in tema di accesso introdotti dalla riforma di Lisbona

L'orientamento consolidatosi in materia di accesso al fascicolo della Commissione in un procedimento di indagine (formale) relativo ad una misura di aiuto di Stato prevede un'ampia facoltà per la Commissione di avvalersi della presunzione generale di non divulgabilità dei documenti facenti parte del

fascicolo istruttorio²⁵⁵. La presunzione è posta a garanzia della tutela degli obiettivi delle attività di indagine, che costituisce, come già osservato, un'eccezione *relativa* prevista dall'art. 4, par. 2, 3° trattino, reg. (CE) n. 1049/2001.

In forza del ricorso alla presunzione generale, la Commissione vede significativamente alleggerito il proprio onere motivazionale circa il diniego di accesso, poiché, da un lato, la stessa non è tenuta né ad un esame specifico e concreto della tipologia, provenienza e contenuto dei documenti richiesti, né alla

²⁵⁵ Per completezza espositiva, si elencano di seguito tutti i casi in cui, sino ad oggi, sono state riconosciute dalla giurisprudenza dell'Unione presunzioni generali di riservatezza oltre all'ipotesi dei documenti del fascicolo amministrativo di una procedura di controllo degli aiuti di Stato, su cui si concentra il presente lavoro. Alcune di queste fattispecie sono state menzionate nel corso dell'indagine, per le loro interrelazioni con il settore degli aiuti di Stato. L'applicazione delle presunzioni generali in materia di accesso ai documenti è stata convalidata dalla giurisprudenza della Corte in numerosi ambiti. In particolare, nel caso dell'eccezione relativa alle procedure di indagine (*ex art. 4, par. 2, 3° trattino, reg. n. 1049/2001*), la Corte ha riconosciuto l'esistenza di una tale presunzione generale in quattro ipotesi ulteriori rispetto alla materia degli aiuti: 1) i documenti scambiati tra la Commissione e le parti notificanti o i terzi nell'ambito di una procedura di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (Corte giust. 28 giugno 2012, causa C-404/10 P, *Commissione c. Editions Odile Jacob*, pt. 123; 28 giugno 2012, causa C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert Holding*, pt. 64; si v. anche Trib. 7 luglio 2015, causa T-677/13, *Axa Versicherung c. Commissione*, pt. 37 ss. e 28 marzo 2017, causa T-210/15, *Deutsche Telekom c. Commissione*, pt. 31); 2) i documenti afferenti ad un procedimento di applicazione dell'art. 101 TFUE (Corte giust. 27 febbraio 2014, causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW*, pt. 81 e 93); 3) le memorie depositate da un'istituzione nell'ambito di un procedimento giurisdizionale (Corte giust. 21 settembre 2010, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Svezia e a. c. API e Commissione*, pt. 94); 4) i documenti relativi ad un procedimento precontenzioso per inadempimento (Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 65; si v. anche Trib. 23 gennaio 2017, causa T-727/15, *Justice & Environment c. Commissione*, pt. 46 ss). Inoltre, il Tribunale ha riconosciuto l'esistenza di presunzioni generali in quattro ipotesi supplementari: 1) le offerte dei partecipanti a una procedura di appalto pubblico in caso di domanda di accesso formulata da un altro offerente (Trib. 29 gennaio 2013, cause riunite T-339/10 e T-532/10, *Cosepuri c. EFSA*, pt. 101; 21 settembre 2016, causa T-363/14, *Secolux c. Commissione*); 2) i documenti relativi al procedimento *EU Pilot* (Trib. 25 settembre 2014, causa T-306/12, *Spirlea c. Commissione*, pt. 63); 3) i documenti trasmessi a norma dell'art. 11, par. 4, del reg. (CE) n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza (Trib. 12 maggio 2015, causa T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España c. Commissione*, pt. 64); 4) i documenti predisposti nell'ambito della preparazione, da parte della Commissione, di una valutazione d'impatto finalizzata all'elaborazione di una proposta politica (Trib. 13 novembre 2015, cause riunite T-424/14 e T-425/14, *ClientEarth c. Commissione*, pt. 97 e 109). Si segnala che anche in alcune sentenze precedenti all'avvento del reg. (CE) n. 1049/2001 viene avanzata la possibilità di effettuare l'esame «per categorie di documenti»: Trib. 5 marzo 1997, causa T-105/95, *WWF UK c. Commissione*, pt. 65; 6 febbraio 1998, causa T-124/96, *Interporc Im-und Export c. Commissione* (c.d. *Interporc I*), pt. 54.

ponderazione degli interessi in gioco (quello tutelato dall'eccezione e quello alla maggior trasparenza possibile), che sarebbe invece imposta dal meccanismo dell'eccezione *relativa* in base al reg. (CE) n. 1049/2001; dall'altro, viene ribaltato sul richiedente accesso l'onere, estremamente gravoso, di provare che i documenti di cui si chiede la divulgazione non sono coperti dalla presunzione generale o che sussiste un interesse pubblico prevalente alla divulgazione.

La presunzione equivale, in sostanza, all'introduzione di una eccezione per categoria di documenti (quelli appartenenti al fascicolo istruttorio di un procedimento in materia di aiuti), difficilmente sormontabile. Ne consegue che essa determina, sotto il profilo funzionale, un innegabile vantaggio per la Commissione nel trattamento delle richieste di accesso, potendo l'istituzione negare la divulgazione sulla semplice base di ragioni di principio applicabili ad un'intera categoria di documenti.

Occorre tuttavia verificare se ed in quale misura l'utilizzo della presunzione generale, nei termini appena ricordati, possa ritenersi coerente ed adeguato rispetto al nuovo quadro normativo introdotto dalla riforma di Lisbona, tenuto conto che il riconoscimento della presunzione può determinare un vero e proprio limite all'esercizio del diritto di accesso, che, come vedremo, è ulteriore ed esterno rispetto alle deroghe al diritto fondamentale già previste dal reg. (CE) n. 1049/2001.

Tale esame verrà condotto tenendo conto sia degli obiettivi e degli obblighi rafforzati introdotti in materia di trasparenza e di diritto di accesso dalla riforma di Lisbona, sia della normativa di diritto derivato e specialmente delle previsioni del reg. (CE) n. 1049/2001. Tale regolamento mantiene una posizione centrale nell'indagine, dal momento che, nei casi esaminati, esso è sempre stato posto a base legale di *tutte* le decisioni di diniego di accesso della Commissione e quindi concorre nell'interpretazione della portata del diritto di accesso al fascicolo unitamente alle regole di settore.

a) In primo luogo, si può osservare che l'uso della presunzione generale non è previsto dal reg. (CE) n. 1049/2001. Le uniche eccezioni al diritto di accesso stabilite da tale disciplina sono, infatti, tassativamente elencate all'art. 4 e non contemplano alcuna esenzione per categoria di documenti²⁵⁶. La presunzione generale determina, quindi, un'eccezione esterna e ulteriore al regolamento, la cui introduzione solleva un profilo di criticità rispetto al principio consolidato in giurisprudenza secondo cui le eccezioni al diritto di accesso devono essere

²⁵⁶ Cfr. S. PEERS, *The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*, cit., p. 394.

oggetto di una interpretazione restrittiva, al fine di non pregiudicare la regola generale del più ampio accesso possibile²⁵⁷.

Inoltre, l'esame dei casi conduce ad osservare che la presunzione generale è stata riconosciuta in materia di aiuti con esclusivo riferimento alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine (mentre è stata rigettata con riguardo alla tutela degli interessi commerciali delle imprese nel caso *NLG*). Come già osservato, la tutela degli obiettivi delle attività di indagine costituisce, nella struttura del reg. (CE) n. 1049/2001, un'eccezione relativa, la cui applicazione deve essere fondata su una ponderazione di interessi che si oppongono in una data fattispecie²⁵⁸. Invece, il riconoscimento della presunzione generale, determinando una riserva *ratione materiae*, esenta *a priori* l'intera categoria di documenti dalla possibilità di divulgazione, sollevando la Commissione dall'obbligo di ponderazione degli interessi in gioco²⁵⁹. Sotto questo profilo, il meccanismo di operatività della presunzione generale scardina la suddivisione prevista nel reg. (CE) n. 1049/2001 fra eccezioni assolute ed eccezioni relative²⁶⁰ ed "assolutizza" un'eccezione

²⁵⁷ Per i richiami giurisprudenziali si rimanda alla precedente nota n. 129. Concorre a propendere per una interpretazione restrittiva delle eccezioni anche la previsione dell'art. 4, par. 7, del reg. (CE) n. 1049/2001, in forza del quale le eccezioni previste dalla normativa in esame si applicano «unicamente al periodo nel quale la protezione è giustificata sulla base del contenuto del documento» e, comunque, per un periodo massimo di 30 anni (salvo per le sole eccezioni relative alla vita privata o agli interessi commerciali, che possono essere applicate per un periodo più lungo, ove necessario).

²⁵⁸ Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 42: «il regime delle eccezioni previsto da tale articolo 4, e segnatamente dal paragrafo 2 dello stesso, è fondato su una ponderazione degli interessi che si oppongono in una data situazione, ovvero, da un lato, gli interessi che sarebbero favoriti dalla divulgazione dei documenti in questione e, dall'altro, quelli che sarebbero minacciati da tale divulgazione. La decisione su una domanda di accesso ai documenti dipende dallo stabilire quale debba essere l'interesse prevalente nel caso di specie».

²⁵⁹ Già nel 2009 D. ADAMSKI, *How wide is "the widest possible"? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited*, cit., p. 548, osservava che: «balancing of interests has turned to a rather token and abstract assumption, without a real impact on the interpretation of discretionary exceptions. As a corollary, the distinction between the main categories of exceptions blurs. [...] the tendency is rather to introduce diverse standards, allowing for marginal review [...] excluding whole categories of documents [...] and parts thereof [...] from public scrutiny». Critico sul punto è anche D. M. CURTIN, *Citizens' fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?*, cit., p. 37.

²⁶⁰ Sulla distinzione tra eccezioni relative ed eccezioni assolute si rimanda al cap. I, par. 1. In tale sede ci si limita a ricordare che in presenza di una eccezione assoluta l'istituzione è tenuta a negare l'accesso ai documenti nel caso in cui la loro divulgazione «arrechì pregiudizio» agli interessi tutelati (c.d. *harm test*), mentre in presenza di una eccezione relativa l'istituzione non deve limitarsi a verificare che la divulgazione dei documenti arrechì pregiudizio ad uno

relativa, sul presupposto che la divulgazione dei documenti del fascicolo amministrativo di una procedura di controllo in materia di aiuti di Stato pregiudichi, in linea di principio, la tutela degli obiettivi delle attività di indagine.

b) In secondo luogo, mentre il reg. (CE) n. 1049/2001, in forza dell'art. 6, par. 1, stabilisce che «*il richiedente non è tenuto a motivare la domanda*», che può essere sorretta da un qualsivoglia interesse, tanto di carattere privato, quanto di carattere pubblico²⁶¹, l'utilizzo della presunzione generale determina un'inversione dell'onere della prova a carico del richiedente accesso. In sostanza, viene imposto in capo al richiedente accesso – all'opposto di quanto previsto dal regolamento – un onere motivazionale a corredo della propria domanda, che implica un giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito. La richiesta di accesso, infatti, deve poggiare necessariamente su un interesse pubblico prevalente alla divulgazione e non può più basarsi su mero interesse privato.

Inoltre, sebbene la presunzione generale sia delineata come presunzione *iuris tantum*, tuttavia emerge dall'esame dei casi che l'onere della prova per il richiedente accesso è molto gravoso e si sostanzia, di fatto, in una *probatio diabolica*. Il richiedente accesso, infatti, non è a conoscenza del contenuto del fascicolo della Commissione e, per tale motivo, non si trova nella condizione idonea per poter indicare elementi precisi in grado di rovesciare la presunzione generale²⁶².

degli interessi tutelati, ma deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse protetto e la sussistenza di un prevalente interesse pubblico alla divulgazione del documento (c.d. *balancing test*).

²⁶¹ Cfr. R. HANKIN, *Access to Documents – Some Thoughts from a State Aid Perspective*, cit., spec. p. 509.

²⁶² Il richiedente accesso, in sostanza, non può far altro che limitarsi a negare la sussistenza dei presupposti per presumere che la divulgazione dei documenti richiesti possa arrecare un pregiudizio agli obiettivi delle attività di indagine. Cfr. in giurisprudenza Trib. 12 settembre 2007, causa T-36/04, *API c. Commissione*, pt. 54, nonché le considerazioni dell'avvocato generale Poiars Maduro effettuate nell'ambito delle conclusioni presentate in data 29 novembre 2007, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, pt. 54, secondo cui «grava[re] sul richiedente un onere probatorio troppo pesante: come potrebbe il richiedente dimostrare l'interesse che vi sarebbe a divulgare un parere giuridico nonostante l'interesse che vi è in linea di principio a mantenerne la riservatezza, se non ne conosce il contenuto? Come nel caso di specie, ci si limiterà, nella maggior parte dei casi, a invocare l'interesse pubblico prevalente in generale. Solo il Consiglio può - e deve - effettuare siffatta valutazione basandosi sul contenuto del documento in questione e sulle circostanze particolari del caso di specie». In dottrina, oltre agli autori già citati nella precedente nota n. 204, si v. O. BROUWER, J. BLOCKX, *Access to Documents Relating to EU Competition and State Aid Cases pursuant to Regulation 1049/2001. Towards a Rebuttable Presumption as a "Fig Leaf" for Intransparency?*, in T. BAUMÉ, E. OUDE ELFERINK, P. PHOA, D. THIAVILLE (eds.), *Today's Multilayered Legal order: Current Issues and Perspectives, Liber Amicorum in Honour of Arjen W. H. Meij*, Zutphen, 2011, p. 39 ss. e spec.

Anche l'individuazione della consistenza dell'"interesse pubblico prevalente alla divulgazione" è problematica, in assenza di precedenti ove un simile interesse sia stato riconosciuto dal giudice. A tal riguardo l'avvocato generale Kokott, nelle conclusioni al caso *TGI*, ha osservato che: «l'interesse pubblico nei confronti del controllo degli aiuti non è necessariamente inferiore all'interesse pubblico nei confronti dei procedimenti legislativi [...] il controllo degli aiuti presenta, spesso e a ragione, un interesse considerevole. Esso riguarda lo sviluppo economico degli Stati membri e segnatamente le misure intese a creare o a preservare posti di lavoro» (pt. 60), ma questo argomento non è stato seguito dalla Corte che, in tutti i casi esaminati, ha ritenuto che il principio di trasparenza invocato dai ricorrenti non presentasse una rilevanza sufficientemente particolare, tale da prevalere sulle esigenze di riservatezza.

Ne consegue che la presunzione generale in materia di aiuti, ove riconosciuta, si rivela sostanzialmente insormontabile, al pari di una presunzione *iuris et de iure*, con la conseguenza che essa rende il diritto di accesso più oneroso per il richiedente rispetto a quanto previsto dal regolamento generale (CE) n. 1049/2001 e ne ostacola l'esercizio. Da questo punto di vista, oltre a non trovare fondamento normativo nella disciplina generale sull'accesso, la presunzione di riservatezza non risulta nemmeno conforme alla *ratio* di *favor* per l'accesso sottesa al reg. (CE) n. 1049/2001 ed al nuovo quadro normativo di riferimento di diritto primario successivo alla riforma di Lisbona.

c) In terzo luogo, la possibilità per l'istituzione di omettere la verifica concreta sui documenti richiesti, volta ad appurare se le considerazioni di ordine generale ricavabili dalla presunzione di riservatezza trovino applicazione anche agli specifici documenti di cui è richiesta la divulgazione, non risulta conforme né (i) alla valutazione individuale dei documenti imposta dal reg. (CE) n. 1049/2001 ai fini dell'applicazione delle eccezioni, né (ii) ai limiti individuati dalla giurisprudenza che si è espressa precedentemente ai casi esaminati in merito alla possibilità di omettere l'esame individuale dei documenti.

p. 49 ss.; P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., pp. 1250-1251: «it is extremely problematic if the Court places the burden of proof for reversing the "general presumption" on the applicant, who, according to Regulation 1049/2001 does not need to reason his application and, when making the application, has not seen the document applied for and may thus have only a vague idea of its content. The applicant will not know whether the content of the documents justifies the "general presumption" being reversed, but will need to argue this in any cases ad a procedural point».

Quanto al primo profilo *sub* (i), in forza dell'art. 4 del reg. (CE) n. 1049/2001, tutte le eccezioni di cui ai par. 1-3 devono essere applicate «a un documento»²⁶³. Il regolamento consente di limitare l'esame specifico dei documenti solo entro limiti molto stringenti. Più precisamente, nel caso di «una domanda relativa a un documento molto voluminoso o a un numero elevato di documenti», l'istituzione può contattare informalmente il richiedente onde trovare una soluzione equa (art. 6, par. 3) e può prorogare i termini per trattare la domanda, in via eccezionale, di 15 giorni lavorativi, purché il richiedente accesso ne sia previamente informato con comunicazione motivata in modo circostanziato (art. 7, par. 3 e art. 8, par. 2). In sostanza, come riconosciuto dal Tribunale, «il regolamento n. 1049/2001 non comporta alcuna disposizione che consenta espressamente all'istituzione, in assenza di una soluzione equa concordata con il richiedente, di limitare la portata dell'esame che essa è normalmente tenuta ad effettuare in risposta a una domanda di accesso»²⁶⁴.

Quanto al profilo *sub* (ii), anzitutto occorre ricordare che in alcuni casi²⁶⁵ la giurisprudenza non ha considerato il riconoscimento della presunzione generale come alternativo all'esame specifico e concreto, invocando la perdurante necessità di verificare la pertinenza effettiva del documento richiesto alla categoria di documenti interessata dalla presunzione. Questa impostazione non è stata recepita in materia di aiuti di Stato, ove è prevalso, come osservato, un uso ampio della presunzione generale, completamente sganciato dall'esame specifico dei documenti oggetto della richiesta di accesso.

Inoltre, la giurisprudenza VKI, che per prima²⁶⁶ ha affermato il principio secondo cui l'esame specifico di ciascun documento può essere omesso, ha

²⁶³ Sottolinea tale aspetto anche l'avvocato generale Kokott nelle già citate conclusioni nel caso TGI, pt. da 73 a 76.

²⁶⁴ Trib. 13 aprile 2005, causa T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*, pt. 96.

²⁶⁵ Cfr. Corte giust. 1° luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*; Trib. 22 maggio 2012, causa T-344/08, *EnBW c. Commissione*, annullata in sede di impugnazione da Corte giust. 27 febbraio 2014, causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW*; conclusioni già cit. dell'avvocato generale Kokott nella causa TGI e conclusioni dell'avvocato generale Villalón presentate in data 8 dicembre 2011 nella causa C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert Holding*. Queste ultime, al pt. 62, evidenziano che l'istituzione ha il compito di verificare «se si tratti di un documento facente parte di un fascicolo per cui esistono norme specifiche di accesso in forza di regolamenti ad hoc».

²⁶⁶ Nel regime previgente al reg. (CE) n. 1049/2001, si ricorda la sentenza Trib. 13 settembre 2000, causa T-20/99, *Denkavit Nederland c. Commissione*, par. 47 ss., in cui l'allora vigente eccezione a protezione dell'interesse pubblico relativo ai controlli ed alle indagini delle istituzioni è stata riconosciuta dal Tribunale in forza del solo fatto che l'indagine era in corso, senza un esame ulteriore e specifico del documento richiesto.

circoscritto tale eventualità alle sole ipotesi eccezionali in cui l'onere causato all'istituzione dall'esame di tutti i documenti richiesti risulti eccessivamente gravoso e oltrepassi i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, mantenendo fermo, comunque, in capo all'istituzione l'onere della prova «circa la portata di un'eccezione relativa al carattere irragionevole del compito che la domanda comporta»²⁶⁷.

In sostanza, la possibilità di omettere l'esame concreto è stata correlata ad esigenze del tutto eccezionali²⁶⁸ e diverse da quelle sottese ai casi esaminati in materia di aiuti. Nella causa VKI, infatti, si trattava di conciliare gli interessi del richiedente con quelli del buon funzionamento della Commissione a fronte di una richiesta di accesso relativa ad un numero molto consistente di documenti (un fascicolo di indagine in materia di concorrenza di più di 47.000 pagine), mentre nella giurisprudenza esaminata in materia di aiuti di Stato la Commissione non ha mai invocato un sovraccarico di lavoro connesso all'esame delle domande di accesso e tale da paralizzare il buon funzionamento dell'istituzione.

²⁶⁷ Trib. 13 aprile 2005, causa T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*, pt. da 112 a 115: «è in via eccezionale e unicamente nel caso in cui l'onere amministrativo causato dall'esame specifico e concreto dei documenti si rivelasse particolarmente gravoso, oltrepassando così i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, che una deroga a tale obbligo di esame può essere ammessa [...] Inoltre, poiché il diritto di accesso ai documenti detenuti dalle istituzioni costituisce una regola generale, l'onere della prova circa la portata di un'eccezione relativa al carattere irragionevole del compito che la domanda comporta grava sull'istituzione che si avvale di tale eccezione. Infine, qualora l'istituzione abbia fornito la prova del carattere irragionevole dell'onere amministrativo che l'esame specifico e concreto dei documenti oggetto della domanda implica, essa ha l'obbligo di tentare di trovare un accordo con il richiedente al fine, da un lato, di prendere conoscenza o di fargli precisare il suo interesse ad ottenere i documenti di cui trattasi e, dall'altro, di delineare concretamente le alternative ad essa disponibili, per adottare una misura meno restrittiva di un esame specifico e concreto dei documenti. Dal momento che il diritto di accesso ai documenti rappresenta la regola, l'istituzione, in tale contesto, resta nondimeno tenuta a privilegiare l'alternativa che, pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, resta la più favorevole al diritto di accesso del richiedente. Ne deriva che l'istituzione può esimersi dall'effettuare un esame specifico e concreto solo dopo aver effettivamente vagliato tutte le alternative disponibili ed aver spiegato in modo circostanziato, nella sua decisione, le ragioni per la quali tali alternative implicano, a loro volta, un carico di lavoro irragionevole».

²⁶⁸ Tuttavia, P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1223 osserva che: «after the ruling, due to the significant admission of principle by the General Court, there now was "every possibility that the floodgates are opened to a development where the obligation to a concrete and individual assessment and, consequently, the right of partial access, are limited to an unacceptable degree». Si v. anche J. HELISKOSKI, P. LEINO, *Darkness at the break of noon: the case law on Regulation No. 1049/2001 on access to documents*, in *CMLRev*, 2006, p. 735 ss. e spec. p. 759.

In materia di aiuti, è stata riconosciuta la possibilità di «rispondere in modo globale»²⁶⁹ alle richieste di accesso sul mero presupposto che, ove l'amministrazione fosse tenuta ad esaminare singolarmente tutti i documenti richiesti – anche se tale operazione non determinasse un onere amministrativo eccessivo ed irragionevole – verrebbe comunque pregiudicato l'effetto utile della presunzione generale (caso *Sea Handling*). Ne discende, come già osservato, che la presunzione generale invocata in materia di aiuti non è connessa al carico di lavoro, ma alla natura dell'attività cui afferiscono i documenti²⁷⁰. Pertanto, essendo sganciata da una *ratio* di carattere eminentemente pratico, l'omissione dell'esame specifico e concreto dei documenti richiesti non segue gli stringenti criteri e limiti posti dalla sentenza *VKI*.

Ne deriva che l'orientamento affermatosi nel settore degli aiuti attenua ulteriormente la diligenza dell'istituzione nel trattamento della domanda di accesso oltre quanto previsto sia dal reg. (CE) n. 1049/2001, sia dalla pregressa giurisprudenza sopra richiamata, e può aumentare il rischio di pregiudicare il diritto di accesso a fronte di una tutela sproporzionata della funzione pubblica.

Peraltro, la maggior discrezionalità in capo alla Commissione nel decidere in ordine al diniego di accesso al fascicolo relativo ad una misura di aiuto non trova un adeguato bilanciamento in sede di controllo giurisdizionale, nell'ipotesi in cui la decisione di diniego di accesso venga impugnata con ricorso in annullamento. Difatti, venendo eliminato per l'istituzione l'onere motivazionale a fondamento del provvedimento di diniego – dal quale non è più necessario che emerga l'esame specifico e concreto condotto sui singoli documenti – si riduce per il giudice la possibilità di svolgere un sindacato effettivo sulla legittimità della decisione della Commissione, con conseguente ulteriore penalizzazione dei richiedenti accesso nel caso di ricorso avverso il provvedimento a loro sfavorevole.

d) Infine, dall'esame casistico si è osservato che la presunzione generale in materia di aiuti viene riconosciuta a prescindere dal grado di specificità della domanda ed anche nell'ipotesi in cui la richiesta di accesso venga presentata in un momento successivo alla chiusura del procedimento di indagine formale con decisione della Commissione. Tale risultato viene raggiunto tramite la

²⁶⁹ Trib. 25 marzo 2015, causa T-456/13, *Sea Handling c. Commissione*, pt. 65.

²⁷⁰ Lo osserva P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1231 e p. 1251 ove l'A. afferma che il caso *TGI* ed il caso *API* si pongono in continuità con il precedente *VKI*, ma «unfortunately, do not achieve the same level of transparency, since the threshold for accepting “general presumption” is now significantly lowered».

trasposizione in via analogica di soluzioni elaborate in altri settori del diritto dell'Unione, afferenti prevalentemente al diritto della concorrenza (in particolare, sentenze *Beninca*, *Éditions Odile Jacob*, *EnBw*, *Agrofert*²⁷¹). In sostanza, sebbene la sentenza *TGI* della Corte sia stata la prima ad aprire «*indéniablement une brèche dans l'application du règlement n° 1049/2001 aux "procédures concurrence"*»²⁷², la sua portata è stata precisata anche sulla scorta di orientamenti affermatasi in materia *antitrust* e di controllo delle concentrazioni e trasposti nel settore degli aiuti.

Tuttavia, tale operazione può prestarsi a criticità, ove si consideri che si tratta di settori sensibilmente diversi tra loro²⁷³.

²⁷¹ Cfr., in particolare, Trib. 25 marzo 2015, causa T-456/13, *Sea Handling c. Commissione*, pt. 70-71 e Corte giust. 14 luglio 2016, causa C-271/15 P, *Sea Handling c. Commissione*, pt. da 45 a 46, ove si afferma che: «il Tribunale ha correttamente fatto riferimento [...] alla giurisprudenza della Corte da cui deriva che la divulgazione dei documenti richiesti può arrecare pregiudizio alla tutela delle attività di indagine, tenuto conto della possibilità per la Commissione, in funzione dell'esito di un procedimento giurisdizionale, di riprendere le sue attività ai fini dell'eventuale adozione di una nuova decisione (v., in tal senso, sentenze del 28 giugno 2012, *Commissione/Éditions Odile Jacob*, C-404/10 P, EU:C:2012:393, punto 130, e del 27 febbraio 2014, *Commissione/EnBW*, C-365/12 P, EU:C:2014:112, punti 98 e 99). Applicando tale giurisprudenza al caso di specie, il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto, considerato che la Corte ha già dichiarato che, riguardo all'accesso al fascicolo amministrativo, i procedimenti di controllo degli aiuti di Stato e quelli di controllo delle operazioni di concentrazione sono comparabili e che occorre riconoscere, in ognuno di essi, la sussistenza di una presunzione generale di riservatezza dei documenti ivi afferenti (v., in tal senso, sentenza del 28 giugno 2012, *Commissione/Éditions Odile Jacob*, C-404/10 P, EU:C:2012:393, punti da 117 a 123). Analogamente, la Corte, al punto 81 della sentenza del 27 febbraio 2014, *Commissione/EnBW* (C-365/12 P, EU:C:2014:112), ha riconosciuto che la presunzione generale di riservatezza si applica altresì nei procedimenti ai sensi dell'articolo 81 CE, diventato articolo 101 TFUE».

²⁷² Lo osserva L. IDOT, *Le règlement n° 1049/2001 doit-il s'appliquer aux «procédures concurrence»? À propos des affaires Technische Glaswerke Ilmenau, Odile Jacob et Agrofert*, cit., p. 6.

²⁷³ Si vedano in proposito le osservazioni di L. IDOT, *Le règlement n° 1049/2001 doit-il s'appliquer aux «procédures concurrence»? À propos des affaires Technische Glaswerke Ilmenau, Odile Jacob et Agrofert*, cit., pp. 7-8, cui si fa ampio riferimento in queste pagine. Per la dottrina relativa all'accesso al fascicolo e, più in generale, alle garanzie delle parti private nei procedimenti in materia di concorrenza si v., senza pretesa di esaustività: S. AMADEO, *La posizione del singolo controinteressato dinanzi alla Commissione nell'applicazione delle regole di concorrenza*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, p. 405 ss.; M. LEVITT, *Access to the file: the Commission's administrative procedure in cases under Articles 85 and 86*, in *CMLRev*, 1997, p. 1413 ss.; F. BIGNAMI, *Three Generations of Participation Rights Before the European Commission*, in *Law and Contemporary Problems*, 2004, vol. 68, n. 1, p. 61 ss., e più recentemente: W. P. J. WILS, *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, in *Concurrences*, 2011, p. 41 ss.; B. MEYRING, N. BAETEN, *Le droit de la concurrence et la transparence: une quadrature du cercle?*, in *Journal dr. eur.*, 2012, n. 194, p. 94 ss.; B. NASCIBENE,

A tal riguardo, come già osservato nel par. 2 di questo capitolo, le normative di settore in materia di concorrenza, pur non prevedendo alcun diritto di accesso al fascicolo a favore di soggetti che *non* sono parti del procedimento, tuttavia riconoscono tale diritto a favore delle imprese oggetto del procedimento di controllo (ossia ai destinatari della comunicazione degli addebiti) ed alle parti denuncianti (nel caso in cui la denuncia venga respinta dalla Commissione)²⁷⁴. Diversamente, nel settore degli aiuti, il *silentio legis* è stato costantemente interpretato nel senso che *nemmeno* le parti specificamente riguardate dal procedimento, ossia in particolare l'impresa beneficiaria e le imprese concorrenti lese dall'erogazione della sovvenzione pubblica (specialmente se denuncianti), possono accedere al fascicolo.

Inoltre, in materia di concorrenza le domande di accesso al fascicolo provengono il più delle volte dai terzi (es. casi *VKI e Agrofert*) e sono preordinate all'individuazione di elementi di prova idonei a fondare eventuali azioni per risarcimento dei danni. Viceversa, in materia di aiuti le richieste di accesso sovente sono effettuate da parte dei beneficiari degli aiuti (così è nella maggior parte dei casi esaminati: *TGI, Ryanair, Sea Handling*), per recuperare il *gap* informativo derivante dal fatto di non essere parti in senso tecnico del procedimento dal cui esito spesso dipende la loro stessa sopravvivenza e per ricercare elementi idonei a valutare, in caso di indagine conclusa, l'opportunità di impugnare la decisione di incompatibilità dell'aiuto e difendersi più efficacemente²⁷⁵.

In aggiunta a quanto sopra, la portata del diritto di accesso in materia di concorrenza può variare a seconda che la condotta posta in essere in violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE sia perseguita dalla Commissione o dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza, con conseguente applicazione della normativa sull'accesso europea o nazionale. Diversamente, nel settore degli aiuti il procedimento si svolge sempre tra Commissione e Stato membro e non vi è

Equo processo e diritti della difesa nel procedimento antitrust avanti alla Commissione: necessità di una riforma?, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, p. 63 ss.; S. BASTIANON, *L'accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, *ivi*, p. 111 ss.

²⁷⁴ Cfr. art. 27, par. 2, e art. 28, par. 1, del reg. (CE) n. 1/2003, nonché artt. 8 e 15 del reg. (CE) n. 773/2004. Si v. in giurisprudenza Trib. 22 maggio 2012, causa T-344/08, *EnBW c. Commissione*, pt. da 58 a 61.

²⁷⁵ L. IDOT, *Le règlement n° 1049/2001 doit-il s'appliquer aux «procédures concurrence»? À propos des affaires Technische Glaswerke Ilmenau, Odile Jacob et Agrofert*, cit., pp. 7-8.

alcuna possibilità di beneficiare di diritti di accesso eventualmente più ampi in forza di legislazioni nazionali vigenti negli Stati membri²⁷⁶.

Infine, occorre considerare che, ove la richiesta di accesso al fascicolo riguardi documenti provenienti da soggetti terzi, trovano applicazione regole specifiche. In particolare, la Commissione «*consulta il terzo al fine di valutare se sia applicabile una delle eccezioni [...] a meno che non sia chiaro che il documento può o non deve essere divulgato*» (art. 4, par. 4, reg. (CE) n. 1049/2001). Si tratta di un'ipotesi piuttosto frequente in materia di concorrenza, che viene declinata in modo peculiare e diverso nel caso, tipico invece della materia degli aiuti²⁷⁷, in cui i "terzi" dai quali provengono i documenti siano gli Stati membri²⁷⁸. In questo caso, il reg. (CE) n. 1049/2001, all'art. 4, par. 5, riconosce allo Stato membro la possibilità di «*chiedere all'istituzione di non comunicare a terzi un documento che provenga da tale Stato senza il suo previo accordo*». In sostanza, la norma conferisce agli Stati membri una posizione di maggior favore rispetto agli altri terzi, giacché, mentre l'art. 4, par. 4 «*concede ai terzi, per quanto concerne i documenti provenienti da questi ultimi, solamente il diritto ad essere consultati dall'istituzione interessata circa l'applicazione di una delle eccezioni previste ai paragrafi 1 e 2 del medesimo articolo 4, il paragrafo 5 di quest'ultimo erige il previo accordo dello Stato membro a condizione necessaria alla divulgazione di un documento da esso proveniente qualora questo stesso Stato lo richieda*»²⁷⁹.

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 7-8.

²⁷⁷ Nel settore degli aiuti di Stato, il fascicolo istruttorio è composto in misura significativa da documenti provenienti dagli Stati membri, sia in caso di aiuti notificati (p. es. le informazioni contenute nella notifica effettuata dallo Stato membro), sia in caso di aiuti illegali (p. es. la corrispondenza con lo Stato membro e i documenti da esso provenienti). Si tenga presente che si tratta di qualsivoglia documento proveniente da uno Stato membro, anche se quest'ultimo non ne è l'autore diretto: Corte giust. 18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, *Svezia c. Commissione*, pt. 61. Si pensi, ad es., all'ipotesi di documenti forniti, specialmente nei casi di aiuti individuali, dal beneficiario dell'aiuto, ma che vengono comunque trasmessi ufficialmente alla Commissione dallo Stato membro.

²⁷⁸ Sull'accesso ai documenti provenienti dagli Stati membri si v. *amplius* R. HANKIN, *Access to Documents – Some Thoughts from a State Aid Perspective*, cit., pp. 513-514; D. ADAMSKI, *How wide is "the widest possible"? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited*, cit., p. 544 ss. Per ulteriori approfondimenti sul punto, si rimanda alla dottrina citata nella precedente nota n. 86.

²⁷⁹ Corte giust. 21 giugno 2012, causa C-135/11 P, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c. Commissione*, pt. 54. Si v. anche Trib. 5 aprile 2017, causa T-344/15, *Francia c. Commissione*. Sovente gli Stati fanno ricorso a tale facoltà (tra i casi analizzati si pensi a NGL), al fine di evitare la divulgazione di loro atti che afferiscono a condotte delle amministrazioni pubbliche nazionali oggetto di indagine da parte della Commissione. Esprime critiche rispetto a questa tendenza degli Stati membri a negare il consenso alla divulgazione N. DIAMANDOUROS, *Openness and Access to Documents*, cit., p. 657.

La facoltà di esprimere dissenso rispetto alla divulgazione dei documenti provenienti dallo Stato membro, se inizialmente interpretata in termini ampi nelle sentenze del Tribunale *Messina* e *IFAW*²⁸⁰, è stata poi circoscritta in pronunce successive (casi *IFAW* e *Germania c. Commissione*)²⁸¹ alle sole ipotesi rientranti nelle eccezioni elencate all'art. 4, parr. 1-3, del reg. (CE) n. 1049/2001. Ne consegue che lo Stato membro ha essenzialmente un potere di partecipare alla decisione dell'istituzione con una sorta di parere conforme e motivato circa la sussistenza o meno dei motivi di eccezione, anziché un vero e proprio potere di veto generale e incondizionato alla divulgazione, il quale non sarebbe compatibile con gli obiettivi di trasparenza perseguiti dal reg. (CE) n. 1049/2001. Tuttavia, è indubbio che tale ipotesi gioca un ruolo significativo in materia di aiuti, potendo concorrere a determinare una compressione del diritto di accesso maggiore di quella che potrebbe aversi con l'applicazione dell'art. 4, par. 4, più frequente in materia di concorrenza²⁸².

²⁸⁰ Rispettivamente, Trib. 17 settembre 2003, causa T-76/02, *Messina c. Commissione*, e 30 novembre 2004, causa T-168/02, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c. Commissione*. Nella sentenza *Messina*, al pt. 41, si legge che: «la formulazione dell'art. 4, n. 5, del regolamento n. 1049/2001 costituisce la trasposizione della dichiarazione n. 35 allegata all'Atto finale di Amsterdam con cui la Conferenza ha stabilito che i principi e le condizioni di cui all'art. 255 CE consentiranno a uno Stato membro di chiedere alla Commissione o al Consiglio di non comunicare a terzi un documento proveniente dallo Stato medesimo senza il suo previo accordo. Come giustamente osservato dalla Commissione all'udienza, tale facoltà riconosciuta agli Stati membri dall'art. 4, n. 5, del regolamento n. 1049/2001 trova la sua spiegazione nel fatto che tale regolamento non ha né per oggetto né per effetto di modificare le normative nazionali in materia di accesso ai documenti (quindicesimo 'considerando' del regolamento n. 1049/2001)». In sostanza lo Stato membro può negare la divulgazione senza essere tenuto a fornire alcuna motivazione al proprio diniego e la Commissione è vincolata a tale dissenso, senza poter decidere autonomamente di concedere l'accesso.

²⁸¹ Corte giust. 18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, *Svezia c. Commissione*, resa su impugnazione da parte della Svezia della sentenza di primo grado del Tribunale nella causa T-168/02 precedentemente citata; Corte giust. 21 giugno 2012, causa C-135/11 P, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c. Commissione*; Trib. 14 febbraio 2012, causa T-59/09, *Germania c. Commissione*.

²⁸² E' interessante osservare che, in base all'esame dei casi *TGI*, *NLG*, *Ryanair* e *Sea Handling* si osserva che solo nella causa *TGI* si è verificato l'intervento di taluni Stati membri (Svezia, Finlandia, cui si è aggiunta in sede di impugnazione anche la Danimarca). L'intervento è avvenuto in adesione alle conclusioni della ricorrente *TGI*. In sostanza, nessuno degli Stati è intervenuto a sostegno delle ragioni della Commissione, per proteggere la divulgazione di documenti provenienti dagli Stati membri. Ciò dimostra che «*Member States do not consider this to be an actual risk or, alternatively, that they find enough comfort in the current legal framework to claim certain information to be confidential*»: M. MUÑOZ DE JUAN, J. M. PANERO RIVAS, *The ECJ's Blacklash on Access to Documents in the Commission's File on State Aid Cases by Private Parties*, cit., pp. 877-878.

A fronte delle diversità messe in luce, dovrebbe concludersi per la *non* trasponibilità automatica delle soluzioni rese in materia di concorrenza al settore degli aiuti, ove, per le caratteristiche sopra ripercorse, l'operatività della presunzione generale di riservatezza andrebbe circoscritta il più possibile e non – come è avvenuto – ampliata.

Tale conclusione trova conforto anche nella considerazione che, ai fini dell'applicazione delle eccezioni al diritto di accesso, secondo la Corte occorre tenere conto delle restrizioni all'accesso al fascicolo esistenti nell'ambito di ciascun procedimento particolare «*alla luce del sistema e delle finalità della normativa*» di cui l'eccezione fa parte²⁸³. Ne consegue che le presunzioni generali, ove anche riconosciute ammissibili, dovrebbero comunque essere volta per volta adattate nella loro portata ed operatività allo specifico contesto normativo e di prassi in cui le stesse si trovino ad operare.

Il settore che appare effettivamente comparabile al procedimento di controllo degli aiuti di Stato, sotto il profilo del diritto di accesso, è piuttosto quello delle procedure di infrazione, per due ragioni.

La prima riguarda il fatto che i procedimenti per inadempimento, al pari di quelli in materia di controllo degli aiuti, coinvolgono solo la Commissione e lo Stato membro, con la conseguenza che i singoli, inclusi i denunciati, non entrano a farne parte e non godono di diritti procedurali che consentano loro di far valere il principio del contraddittorio²⁸⁴.

La seconda ragione riguarda il fatto che, al pari della normativa di settore sugli aiuti, anche l'art. 258 TFUE, che disciplina la procedura per infrazione, è silente in punto di consultazione del fascicolo del procedimento che si trovi in fase precontenziosa ed il *silentio legis* è stato interpretato alla stregua di un divieto di accesso ai documenti, esteso anche al soggetto denunciante.

In sostanza, la Corte ha ammesso che la procedura di infrazione «*presenta caratteristiche paragonabili a quelle di un procedimento di controllo degli aiuti di Stato, che hanno condotto la Corte a riconoscere l'esistenza di una presunzione generale al*

²⁸³ Corte giust. 1° luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*, pt. 41.

²⁸⁴ Corte giust. ord. 17 luglio 1998, causa C-422/97 P, *Sateba c. Commissione*, pt. 42; Trib. 11 dicembre 2001, causa T-191/99, *Petrie e a. c. Commissione*, pt. 70. Ripercorre tale giurisprudenza Trib. ord. 25 maggio 2016, causa T-581/15, *Syndial c. Commissione*, pt. 42.

riguardo nella citata sentenza [TGI]»²⁸⁵ ed ha trasposto al settore in esame le soluzioni elaborate in materia di aiuti²⁸⁶.

Ne discende il riconoscimento della presunzione generale di non divulgabilità dei documenti afferenti alla fase precontenziosa dei procedimenti di inadempimento²⁸⁷, estesa in via analogica anche ai documenti delle procedure *Eu*

²⁸⁵ Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 56 ss., ove la Corte ripercorre le affinità fra il procedimento in materia di aiuti ed il procedimento per inadempimento: «in entrambi i casi, si tratta di un procedimento avviato nei confronti dello Stato membro responsabile o della concessione dell'aiuto controverso [...] oppure del preteso inadempimento al diritto dell'Unione. La Corte si è altresì fondata sul fatto che gli interessati, eccettuato lo Stato membro responsabile della concessione dell'aiuto in questione, non hanno il diritto, nell'ambito del procedimento di controllo degli aiuti di Stato, di consultare i documenti del fascicolo amministrativo della Commissione e che, se tali interessati fossero in grado, in base al regolamento n. 1049/2001, di ottenere l'accesso a tali documenti, il sistema di controllo degli aiuti di Stato sarebbe messo in discussione [...] Per quanto attiene ai procedimenti per inadempimento, il diritto dell'Unione, segnatamente l'articolo 226 CE, non prevede neanche il diritto, per un singolo, di consultare il fascicolo, anche se il procedimento è stato avviato mediante la denuncia dello stesso [...] i documenti relativi alla fase precontenziosa di un procedimento per inadempimento costituiscono, ai fini dell'applicazione della presunzione generale summenzionata, una categoria unica di documenti. Infatti, [...] per quanto riguarda i documenti relativi ai procedimenti di controllo degli aiuti di Stato, la Corte ha giudicato che l'insieme dei documenti del fascicolo amministrativo relativo a siffatto procedimento costituisce una categoria unica a cui si applica una presunzione generale in base alla quale la divulgazione di tali documenti, in linea di principio, arrecherebbe pregiudizio alla tutela degli obiettivi dell'attività d'indagine».

²⁸⁶ Si tenga presente che l'orientamento tendente ad escludere i procedimenti per infrazione dal diritto di accesso si è diffuso, già prima dell'avvento del reg. (CE) n. 1049/2001, con la sentenza Trib. 5 marzo 1997, causa T-105/95, *WWF UK c. Commissione*, confermata, poco dopo l'entrata in vigore del citato regolamento, da Trib. 11 dicembre 2001, causa T-191/99, *Petrie e a. c. Commissione*. Si v. anche Trib. 12 settembre 2007, causa T-36/04, *API c. Commissione*, ove il Tribunale ammette la divulgazione delle memorie depositate nell'ambito di un procedimento per inadempimento a partire dal momento in cui esso si sia concluso, confermata in sede di impugnazione da Corte giust. 21 settembre 2010, causa C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Svezia e a. c. API e Commissione*.

²⁸⁷ Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 65 e relative conclusioni dell'avvocato generale Wathelet presentate in data 5 settembre 2013, in particolare pt. 74; Trib. ord. 25 maggio 2016, causa T-581/15, *Syndial c. Commissione*, pt. 34: «si può presumere che la divulgazione dei documenti relativi ad un procedimento di inadempimento, durante la fase precontenziosa dello stesso, rischi di alterare il carattere di tale procedimento, nonché di modificarne lo svolgimento e che, pertanto, tale divulgazione, in linea di principio, arrecherebbe pregiudizio alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine, ai sensi dell'art. 4, par. 2, terzo trattino del reg. n. 1049/2001»; Trib. 23 gennaio 2017, causa T-727/15, *Justice & Environment c. Commissione*, pt 46 ss.

*Pilot*²⁸⁸, fondata sulla «necessità imperativa di assicurare il corretto funzionamento delle procedure in questione e di garantire che i loro obiettivi non siano compromessi»²⁸⁹. Al pari del settore degli aiuti, la presunzione è stata configurata come relativa, con onere della prova a carico del richiedente accesso²⁹⁰ e la nozione di interesse pubblico prevalente è stata oggetto di un'interpretazione restrittiva, tanto da non essere stato riconosciuto tale nemmeno l'interesse del denunciante che chiedeva alla Commissione di poter accedere al fascicolo per integrare le informazioni in possesso dell'istituzione²⁹¹. Inoltre, ai fini del riconoscimento della presunzione generale, non è stata ritenuta dirimente la maggior o minor specificità della domanda, ossia la circostanza che sia stato richiesto un accesso all'insieme del fascicolo del procedimento per inadempimento (caso *LPN*²⁹², connotato da una situazione paragonabile al caso *TGI*) o un accesso parziale al fascicolo o al mero elenco dei documenti ivi contenuti (caso *Syndial*²⁹³), giacché «la necessità di una condizione relativa alla quantità minima di documenti cui dovrebbe fare riferimento una domanda di accesso per consentire l'applicazione di una presunzione generale di diniego, oltre al fatto che si scontra con difficoltà di applicazione al momento della determinazione concreta di detta quantità minima, risulta inconciliabile con il motivo sotteso al riconoscimento di siffatta presunzione generale [...], ossia il corretto funzionamento di tali procedimenti e il rischio di comprometterne il risultato. È quindi un criterio di tipo qualitativo, ossia il fatto che i documenti siano riconducibili alla stessa procedura [...], a determinare l'applicazione della presunzione generale di diniego [...] e non già, come sostengono i ricorrenti, un criterio di tipo quantitativo, ossia il numero più o meno elevato dei documenti cui fa riferimento la domanda di accesso in questione»²⁹⁴.

²⁸⁸ Trib. 25 settembre 2014, causa T-306/12, *Spirlea c. Commissione*, spec. pt. da 56 a 60 e pt. 74, ove il giudice riconosce l'esistenza di una presunzione generale di riservatezza dei documenti relativi ai procedimenti *Eu Pilot*, sul presupposto della loro assimilazione alle procedure di infrazione. La sentenza è stata impugnata (causa C-562/14 P, *Svezia c. Commissione*): il giudizio è ancora pendente al momento in cui si scrive.

²⁸⁹ Trib. 26 maggio 2016, causa T-110/15, *International Management Group c. Commissione*, pt. 32.

²⁹⁰ Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 66.

²⁹¹ *Ibidem*, pt. 95; Trib. ord. 25 maggio 2016, causa T-581/15, *Syndial c. Commissione*, pt. 39, confermata sul punto, in sede di impugnazione, da Corte giust. ord. 9 febbraio 2017, causa C-410/16 P, *Syndial c. Commissione*.

²⁹² Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*, pt. 49.

²⁹³ Trib. ord. 25 maggio 2016, causa T-581/15, *Syndial c. Commissione*.

²⁹⁴ Trib. 25 settembre 2014, causa T-306/12, *Spirlea c. Commissione*, pt. 74-75.

e) In definitiva, alla luce dei profili osservati, il riconoscimento della presunzione generale, pur perseguendo lo scopo – apprezzabile – di conciliare le regole di settore in materia di aiuti e le regole generali sul diritto di accesso ai documenti, si risolve in una sensibile limitazione all'esercizio del diritto di accesso in un ambito, come quello degli aiuti, in cui la normativa di settore è già stata interpretata in senso fortemente penalizzante per i beneficiari dell'aiuto e per gli eventuali concorrenti lesi dall'erogazione della sovvenzione pubblica. L'uso della presunzione svuota di effettività, dal punto di vista del richiedente accesso, le previsioni del reg. (CE) n. 1049/2001.

Pertanto, il ricorso alla presunzione generale non può dirsi conseguire l'obiettivo di una coerente attuazione delle due discipline: esso trascura la circostanza che, anche ammettendo che il silenzio della normativa di settore in punto di accesso sia da interpretare come equivalente ad una preclusione del diritto di accesso al fascicolo nel procedimento in materia di aiuti, tale preclusione *non* fonda in ogni caso una eccezione al diritto di accesso ai documenti ai sensi dell'art. 4, parr. 1-3, del reg. (CE) n. 1049/2001.

Il riconoscimento della presunzione generale, *a fortiori* in settori connotati da un atteggiamento di netta chiusura rispetto al diritto di accesso, appare problematico anche in rapporto alle previsioni di diritto primario dei Trattati e della Carta a tutela del principio di trasparenza dell'attività dell'Unione – tanto legislativa, quanto amministrativa – e del diritto di accesso ai documenti ed al fascicolo istruttorio.

Proprio per tale motivo, il ricorso alla presunzione generale è stato criticato da più parti²⁹⁵, anche dal Parlamento europeo²⁹⁶, e dovrebbe trovare in materia di controllo degli aiuti un'applicazione quanto più limitata possibile, essendo tale settore caratterizzato da decisioni della Commissione in grado di incidere in modo diretto e individuale anche su soggetti diversi dallo Stato membro²⁹⁷, che non possono prendere parte in modo pieno al contraddittorio procedimentale, e per i quali, dunque, il diritto di accesso al fascicolo consentirebbe una forma di riequilibrio del *vulnus* partecipativo nella fase amministrativa (su tale aspetto si v. *infra* cap. III, parr. 1 e 1.2).

4.2 La configurazione del rapporto tra regolamento generale sull'accesso e disciplina di settore in materia di aiuti: la terza via rispetto al criterio suppletivo ed al criterio di specialità. Un passo avanti formale e uno

²⁹⁵ P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1252, ritiene che il ricorso alla presunzione generale sia «problematic in a regime which is based on the opposite assumption: that everything is in principle open and accessible unless there are justified grounds to deny access»; D. M. CURTIN, J. MENDES, *Article 42*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, cit., p. 1119. Per una posizione diversa, che si esprime con specifico riguardo alla presunzione generale elaborata nel caso *API*, in forza della quale la divulgazione delle memorie presentate da un'istituzione arreca pregiudizio alle procedure giurisdizionali, si v. C. AMALFITANO, *L'accesso ai documenti in possesso della Corte di giustizia nell'esercizio delle sue funzioni amministrative*, cit., p. 788 ss. Cfr. in giurisprudenza le conclusioni dell'avvocato generale Kokott presentate in data 7 aprile 2016 nelle cause C-673/13 P, *Commissione c. Stichting Greenpeace Nederland e PAN Europe*, pt. 55, e C-442/14, *Bayer CropScience e Stichting De Bijenstichting*, pt. 102, ove viene avanzata l'idea secondo cui «dovrebbero essere allo stesso tempo possibili presunzioni in senso opposto» ossia in favore dell'accesso.

²⁹⁶ Risoluzione del 12 giugno 2013 sulla situazione di stallo della revisione del regolamento (CE) n. 1049/2001 (2013/2637(RSP)) (2016/C 065/12), in *GUUE*, C 65 del 19 febbraio 2016, p. 102 ss., pt. 7. Si v. anche la risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2009 sulla necessità di migliorare il quadro giuridico che regola l'accesso ai documenti in seguito all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, regolamento (CE) n. 1049/2001, P7_TA(2009)0116, in *GUUE*, C 286 E del 22 ottobre 2010, p. 12 ss., lett. I), ove si ribadisce che le disposizioni del reg. (CE) n. 1049/2001 devono essere «lette conformemente all'interpretazione favorevole all'accesso [...] abbracciata dal Parlamento in sede di adozione del regolamento; che il Parlamento non si piegherà ai tentativi della Commissione o del Consiglio di ridurre per via legislativa l'accesso del pubblico ai documenti o i diritti dei cittadini all'informazione».

²⁹⁷ Corte giust. 19 ottobre 2000, cause riunite C-15/98 e C-105/99, *Italia e Sardegna Lines c. Commissione*, pt. 34; 29 aprile 2004, causa C-298/00 P, *Italia c. Commissione*, pt. 39; 9 giugno 2011, causa C-71/09 P, *Comitato "Venezia vuole vivere" e a. c. Commissione*, pt. 53; Trib. 1 luglio 2010, causa T-335/08, *BNP Paribas e BNL c. Commissione*, pt. 66.

indietro sostanziale rispetto all'attuazione coerente delle due normative

Quanto ai rapporti fra la normativa generale sull'accesso di cui al reg. (CE) n. 1049/2001 e la normativa di settore in materia di aiuti, la giurisprudenza esaminata conduce sostanzialmente ad un capovolgimento dell'impostazione di fondo delle norme di diritto primario e del reg. (CE) n. 1049/2001. In altre parole, il diritto di accesso, anziché quale regola generale derogabile solo in casi tassativi e oggetto di interpretazione restrittiva, viene interpretata nelle procedure di controllo degli aiuti alla stregua di un'eccezione alla regola generale della riservatezza.

Sul punto possono trarsi le seguenti considerazioni.

a) La giurisprudenza desume la presunzione generale di riservatezza essenzialmente dalle previsioni della normativa di settore (reg. (CE) n. 659/1999, ora reg. (UE) 2015/1589), oltre che dalla giurisprudenza sul diritto di consultazione del fascicolo amministrativo. Per quanto riguarda le regole di settore, la giurisprudenza ragiona come se il reg. (CE) n. 659/1999²⁹⁸ vietasse espressamente, e senza eccezione alcuna, l'accesso al fascicolo per i soggetti diversi dallo Stato membro. Nelle sentenze *TGI*, *Ryanair* e *Sea Handling* (diversamente dal solo caso *NLG*), viene delineato un "conflitto" tra la normativa di settore e la normativa generale sull'accesso, desunto dal fatto che il reg. (CE) n. 659/1999 *non prevede* un diritto di accesso al fascicolo per i soggetti diversi dagli Stati membri. Un simile approccio è già stato riscontrato anche in materia di accesso al fascicolo delle procedure di infrazione in fase precontenziosa (caso *LPN*) e parimenti lo si osserva nel caso *API*, ove la mancata previsione di accesso delle parti terze nello Statuto della Corte di giustizia e nei Regolamenti di procedura ha svolto un ruolo determinante, anche se non esclusivo²⁹⁹, ai fini del

²⁹⁸ Si tenga presente che tutti i casi analizzati in materia di aiuti fanno riferimento al reg. (CE) n. 659/1999, non essendo ad essi applicabile *ratione temporis* il reg. (UE) n. 2015/1589, entrato in vigore solo molto recentemente, nel novembre 2015.

²⁹⁹ Non si tratta, infatti, dell'unico argomento utilizzato per giustificare la presunzione generale.

Corte giust. 21 settembre 2010, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Svezia e a. c. API e Commissione*, pt. 79 ss., prende in considerazione anche il tenore dell'art. 15, par. 3, TFUE, nonché del precedente art. 255 TCE e ritiene che l'esclusione dell'attività giurisdizionale dall'ambito di applicazione della normativa sull'accesso sia confermata anche dall'economia del reg. (CE) n. 1049/2001, il cui art. 1, lett. a), che ne precisa l'ambito d'applicazione, «nell'omettere ogni riferimento alla Corte, esclude quest'ultima dalle istituzioni soggette agli

riconoscimento della presunzione generale di riservatezza relativa alle procedure giurisdizionali.

Viceversa, come già osservato, il reg. (CE) n. 659/1999, così come il nuovo reg. (UE) n. 2015/1589, è (semplicemente) silente sotto il profilo che qui rileva: non prevedere un diritto non equivale necessariamente a negarne l'esistenza. Ne discende che consentire l'accesso al fascicolo in forza del reg. (CE) n. 1049/2001 (almeno) ai beneficiari ed ai controinteressati (in particolare se denunciati) nel procedimento di controllo di una misura di aiuto, per quanto possa essere un risultato non previsto dal regolamento di procedura, non è nemmeno dallo stesso espressamente vietato. Anzi, in mancanza di disposizioni specifiche sul diritto di accesso nella normativa di settore, dovrebbe potersi affermare che l'ambito di applicazione del regolamento generale n. 1049/2001 non venga in alcun modo limitato dalla normativa di settore, dal momento che quest'ultima, per l'appunto, non si occupa della disciplina dell'accesso al fascicolo e non interferisce con il reg. (CE) n. 1049/2001³⁰⁰. L'indipendenza reciproca dei due diritti è stata, del resto, già riconosciuta dalla Corte nella sentenza *Sison*³⁰¹.

b) Nessuna delle sentenze esaminate in materia di accesso al fascicolo nel procedimento di controllo degli aiuti interpreta il reg. (CE) n. 659/1999 come *lex specialis tecnica* rispetto al reg. (CE) n. 1049/2001³⁰². La regola di settore, infatti, non

obblighi di trasparenza da esso sanciti, mentre l'art. 4 del citato regolamento dedica una delle eccezioni al diritto d'accesso ai documenti delle istituzioni proprio alla tutela delle procedure giurisdizionali. Pertanto, sia dall'art. 255 CE sia dal regolamento n. 1049/2001 risulta che le limitazioni all'applicazione del principio di trasparenza per quanto concerne l'attività giurisdizionale perseguono la medesima finalità, vale a dire quella di garantire che il diritto d'accesso ai documenti delle istituzioni sia esercitato senza arrecare pregiudizio alla tutela delle procedure giurisdizionali». Inoltre, ai pt. 96 ss. la Corte effettua una disamina delle norme contenute nello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e nei regolamenti di procedura della Corte di giustizia e del Tribunale, recentemente oggetto di riforma (entrata in vigore, per la Corte, a partire dal 1° novembre 2012 e per il Tribunale a partire da 1° luglio 2015).

³⁰⁰ In tal senso si esprime il Tribunale nella sentenza 12 settembre 2007, causa T-36/04, *API c. Commissione*, pt. 89. Si tenga presente che le considerazioni svolte nel testo resterebbero a nostro giudizio valide anche nell'ipotesi (che qui non si sostiene) in cui la normativa di settore dovesse essere ritenuta applicabile alla stregua di una *lex specialis*, poiché si tratterebbe comunque di una normativa silente in punto di accesso al fascicolo.

³⁰¹ Corte giust. 1 febbraio 2007, causa C-266/05 P, pt. da 45 a 48. Cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nell'causa TGI, già cit., pt. 100.

³⁰² D. ADAMSKI, *How wide is "the widest possible"? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited*, cit., p. 529, nota n. 28; ID., *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, cit., p. 553 ritiene che l'interpretazione basata sul criterio della *lex specialis* «no longer seems tenable

trova prevalenza in forza dell'affermazione del criterio di specialità della consultazione del fascicolo nel procedimento in materia di aiuti rispetto all'accesso ai documenti ai sensi del reg. (CE) n. 1049/2001.

La giurisprudenza sembra, al contrario, cercare un raccordo fra la normativa generale e la normativa di settore, affermando che quest'ultima deve essere *tenuta in conto* ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione delle eccezioni al diritto di accesso *ex art. 4* del reg. (CE) n. 1049/2001.

Da un punto di vista teorico, l'interpretazione "integrata" delle due normative appare una soluzione maggiormente in linea agli obblighi in tema di accesso introdotti dalla riforma di Lisbona ed alla *ratio* del reg. (CE) n. 1049/2001, rispetto alla diversa e più radicale soluzione offerta dal criterio di specialità.

Tuttavia, da un punto di vista pratico, l'analisi dei casi conduce ad osservare che la giurisprudenza perviene allo stesso risultato funzionale che deriverebbe dall'applicazione del criterio di specialità, ossia alla prevalenza delle regole di settore sugli aiuti a scapito della normativa generale sull'accesso, la cui operatività è fortemente compromessa. Questo risultato viene raggiunto perché la presunzione generale – che è desunta dalla normativa di settore e che, quindi, deve essere tenuta in conto ai fini dell'interpretazione delle eccezioni al diritto di accesso – pur garantendo formalmente un margine di operatività al reg. (CE) n. 1049/2001, risulta di fatto insormontabile. Come emerge dall'esame dei casi, infatti, essa è stata sempre riconosciuta in tutte le ipotesi vertenti sull'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine in materia di aiuti.

Con il ricorso alla presunzione generale, in sostanza, si finisce per conseguire in via pretoria un risultato pratico molto simile a quello perseguito dalla Commissione con la già ricordata proposta del 2008 di revisione del regolamento

under the TFEU». In giurisprudenza ha fatto espressamente riferimento al criterio di specialità Trib. 12 ottobre 2000, causa T-123/99, *JT's Corporation c. Commissione*, pt. 50, in merito al rapporto fra i regolamenti n. 1468/1981 e n. 515/1997 in materia doganale e la già cit. decisione n. 94/90 della Commissione, sottolineando, tuttavia, che la *lex specialis* deve risultare conforme e non può ostacolare l'obiettivo della *lex generalis*: «il regolamento n. 1468/1981, nella misura in cui dovrebbe essere applicato in quanto *lex specialis*, non può essere interpretato in senso contrario alla decisione 94/90, il cui obiettivo fondamentale è di dare ai cittadini la possibilità di controllare in modo più effettivo la legittimità dell'esercizio del potere pubblico». In senso meno garantista si esprimono: Trib. 5 aprile 2005, causa T-376/03, *Hendrickx c. Consiglio*, pt. 55 e 14 luglio 2005, causa T-371/03, *Le Voci c. Consiglio*, pt. 122, in entrambi i quali si legge: «comme toute norme de caractère général, le droit d'accès aux documents du Conseil prévu par les dispositions précitées peut être limité ou exclu – selon le principe suivant lequel la règle spéciale déroge à la règle générale (*lex specialis derogat legi generali*) – lorsqu'il existe des normes spéciales qui régissent des matières spécifiques».

generale in materia di accesso (cfr. cap. II, par. 1), ove è stata sostenuta l'inapplicabilità del reg. (CE) n. 1049/2001 in presenza di regole di settore.

Ne consegue che non può parlarsi di una interpretazione veramente integrata delle due normative, che consenta un'attuazione coerente di entrambe, giacché l'ambito di operatività del reg. (CE) n. 1049/2001, dal punto di vista del richiedente accesso al fascicolo istruttorio di un procedimento di controllo in materia di aiuti, ha una scarsissima rilevanza pratica³⁰³ quando viene invocata l'eccezione di cui all'art. 4, par. 2, 3° trattino, del reg. (CE) n. 1049/2001, che – per renderci conto dell'impatto della questione – è di gran lunga la più invocata dalla Commissione come motivo di rifiuto e parimenti la più adottata in fase di conferma del diniego di accesso, rappresentando il motivo di rifiuto di circa un terzo dei casi all'anno³⁰⁴.

In altri settori (specialmente nel campo della concorrenza), la giurisprudenza ha affermato la necessità di «*garantire un'applicazione di ciascuno di tali regolamenti che sia compatibile con quella dell'altro e ne consenta quindi un'attuazione coerente*»³⁰⁵. Simile espressione non si rinviene in alcuna delle sentenze esaminate in materia di aiuti, anche se tale *self-restraint* sembra ancor meno giustificabile, tenuto conto che, proprio nel campo degli aiuti, il silenzio della normativa settoriale in punto di diritto di accesso dovrebbe agevolare l'interpretazione integrata, non comportando il problema di rimettere in discussione la validità di disposizioni

³⁰³ M. MUÑOZ DE JUAN, J. M. PANERO RIVAS, *The ECJ's Backlash on Access to Documents in the Commission's File on State Aid Cases by Private Parties*, cit., p. 876, osservano che: «this general right of access to documents in the Institution's files has scarce – if any – practical application to State aid files».

³⁰⁴ Si vedano le comunicazioni COM(2016) 533 def, COM(2015) 391 def, COM(2014) 619 def, COM(2013) 515 def - Relazioni della Commissione sull'applicazione, rispettivamente nel 2015, nel 2014, nel 2013 e nel 2012, del regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, ove si conferma una tendenza già consolidata e riscontrabile anche nelle Relazioni relative agli anni pregressi: la frequenza dei casi in cui è invocata l'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine come motivo principale di rifiuto, rispetto a tutte le eccezioni applicate, è pari a circa ad un quarto (il 20,9 % nel 2015, il 25% nel 2014, il 23,6 % nel 2013 ed il 25,32% nel 2012). Tale eccezione si conferma la motivazione più frequentemente adottata in fase di conferma del rifiuto di accesso (37,7 % nel 2015, 33 % nel 2014, 36,9% nel 2013, 45,1% del 2012).

³⁰⁵ Corte giust. 29 giugno 2010, causa C-28/08 P, *Commissione c. Bavarian Lager*, pt. da 56 a 65; 28 giugno 2012, cause C-404/10 P, *Commissione c. Éditions Odile Jacob*, pt. 110 e C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert Holding*, pt. 53; 27 febbraio 2014, causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW*, pt. 84; Trib. 13 settembre 2013, causa T-380/08, *Paesi Bassi c. Commissione*, pt. 31; 15 luglio 2015, causa T-115/13, *Dennekamp c. Parlamento*, pt. da 47 a 68; 12 novembre 2015, cause riunite T-515/14 P e T-516/14 P, *Alexandrou c. Commissione*, pt. 69 ss.

del diritto derivato dal contenuto chiaro ed univoco – quale *non* è una normativa silente – al fine di garantire la coerenza della normativa dell'Unione.

Sotto il profilo appena messo in luce, occorre considerare che, in assenza di disposizioni di coordinamento fra le due normative, negare il *favor* per l'accesso significa imporre una lettura non armonizzata con la natura di diritto fondamentale dell'accesso e con il reg. (CE) n. 1049/2001. Quest'ultimo, come già osservato, riguarda *tutti* i settori d'attività dell'Unione, tanto legislativa, quanto amministrativa (cfr. art. 2, par. 3, e considerando n. 2 e n. 11)³⁰⁶ ed è applicabile anche nel caso di richiesta di accesso ai documenti del fascicolo di un procedimento di controllo degli aiuti, risultando soddisfatto tanto il parametro soggettivo (i richiedenti accesso al fascicolo in materia di aiuti rientrano tra i destinatari *ex* art. 2, par. 1, del regolamento), quanto il parametro oggettivo (i documenti del fascicolo in materia di aiuti rientrano nella definizione di «documento» *ex* art. 3, par. 1, lett. a), del regolamento), tanto che la Commissione ha sempre basato le proprie decisioni di diniego di accesso sul reg. (CE) n. 1049/2001.

Infine, quanto al criterio suppletivo, di cui si era dato conto nel corso del lavoro, evidenziando come lo stesso avrebbe potuto garantire un raccordo fra normativa generale e normativa settoriale maggiormente conforme agli *standard* di trasparenza imposti dalla riforma di Lisbona³⁰⁷, esso non trova spazio di operatività nei casi esaminati. La giurisprudenza, in sostanza, non si è mostrata propensa ad utilizzare le norme di maggior favore contenute nel reg. (CE) n.

³⁰⁶ Corte giust. 21 luglio 2011, causa C-506/08 P, *Svezia c. MyTravel e Commissione*, pt. 88; Trib. 27 febbraio 2015, causa T-188/12, *Breyer c. Commissione*, pt. 40. Cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott presentate in data 3 marzo 2011 nella causa C-506/08 P, *Svezia c. MyTravel e Commissione*, pt. 63.

³⁰⁷ Dall'esame dei lavori preparatori del reg. (CE) n. 1049/2001, richiamati nel corso del presente lavoro, è emerso l'intento, perseguito in particolar modo dal Parlamento europeo, di attribuire al regolamento priorità sulle legislazioni di settore. Se ne dovrebbe desumere che le norme di settore non possono prevedere limitazioni maggiori di quelle contenute nel reg. (CE) n. 1049/2001. Cfr. A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 249 ss. Si v. anche P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1246: «it is certainly odd if rules on public access generally generate more generous outcomes than those relating to access rights for interested parties. But this does not suggest a fault in public access rules, but a need to revise rules of privileged access to take more careful consideration of the possible harm that might be caused by granting access. When there is no harm, the access should be granted. Or as Advocate General Kokott suggested in TGI, the "competent services must especially consider the extent to which their need for confidentiality can continue in the light of Regulation No 1049/2001", of course keeping in mind the principle of proportionality».

1049/2001 per compensare il *deficit* di tutela del diritto di accesso nel regime di settore degli aiuti di Stato³⁰⁸.

4.3 La rilevanza e il margine di operatività della Carta in materia di accesso al fascicolo nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato

La rilevanza della Carta nei casi esaminati è del tutto marginale.

Ciò dipende in parte dalla circostanza che la maggior parte delle sentenze analizzate (*TGI*, *NLG* e *Ryanair*) ha ad oggetto fattispecie cui la Carta non è applicabile *ratione temporis*, in quanto antecedenti all'acquisizione da parte di tale strumento di valore giuridico vincolante con la riforma di Lisbona. Ne consegue che, anche ove, come nella sentenza *TGI* resa in sede di impugnazione, la Corte si sia pronunciata successivamente al 1° dicembre 2009, il quadro normativo di riferimento per i fatti contestati resta quello antecedente alla riforma. Ci sembra comunque interessante osservare che in nessuno dei tre casi *TGI*, *NLG* e *Ryanair* – antecedenti alla riforma di Lisbona, ma successivi alla prima proclamazione della Carta a Nizza nel dicembre 2000³⁰⁹ – è ravvisabile un utilizzo *ad adiuvandum* della Carta, quale parametro interpretativo rafforzato del diritto di accesso, con funzione integrativa del dettato normativo.

L'unica circostanza in cui viene richiamata la Carta *pre* riforma di Lisbona è rappresentata dalle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nel caso *TGI* che ha menzionato l'art. 42 della Carta in connessione agli artt. 1, par. 2, TUE e 255 TCE, nonché alla giurisprudenza sull'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali ("CEDU")³¹⁰, a scopo rafforzativo

³⁰⁸ Lo osserva P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1244.

³⁰⁹ Il caso *Ryanair* è persino successivo alla seconda proclamazione della Carta a Strasburgo nel dicembre 2007.

³¹⁰ Cfr. le già citate conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *TGI*, nota n. 18, ove si afferma: «anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo emergono indicazioni nel senso che la libertà di espressione sancita dall'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, siglata a Roma il 4 novembre 1950, contiene un diritto di accesso alle informazioni: Corte eur. D.U., seconda Sezione, sentenze *Társaság a Szabadságjogokért/Ungheria* del 14 aprile 2009 (non ancora pubblicata nel Reports of Judgements and Decisions, § 28) e *Kenedi/Ungheria* del 26 maggio 2009 (non ancora pubblicata nel Reports of Judgements and Decisions, § 43), qualora tali informazioni siano il presupposto della libertà di espressione. Una siffatta interpretazione dell'art. 10 è stata respinta nelle sentenze *Leander/Svezia* del 26 marzo 1987

del ragionamento teso a sostenere l'esigenza che le decisioni siano prese dalle istituzioni europee nel modo più trasparente possibile. Il richiamo alla Carta effettuato dall'avvocato generale non è stato tuttavia riproposto nella sentenza della Corte.

L'unico, tra i casi esaminati, il cui contesto fattuale è successivo alla riforma di Lisbona è il caso *Sea Handling*, al quale la Carta è indubbiamente applicabile *ratione temporis*, essendo la pretesa avanzata in giudizio successiva alla data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In tale occasione, la ricorrente *Sea Handling* aveva sollevato censure attinenti alla violazione degli artt. 41, 42 e 47 della Carta, che sono state tutte rigettate. Rimandando ai parr. 3.4.1 e 3.4.2 per il commento più approfondito della sentenza, ci si limita a ricordare che la censura relativa alla violazione dell'art. 42 Carta è stata respinta dal Tribunale in quanto eccessivamente generica. Quanto all'art. 41 Carta, invocato dalla ricorrente per contestare violazioni di carattere procedurale relative al superamento da parte della Commissione dei termini di risposta alla richiesta di accesso previsti dal reg. (CE) n. 1049/2001 e non sotto lo specifico profilo del diritto di accesso al fascicolo (previsto al par. 3, lett. b), della norma), il Tribunale ha precisato che: «l'interesse individuale di una persona a ricevere la comunicazione di un documento non può essere preso in considerazione dall'istituzione chiamata a stabilire se la divulgazione al pubblico di detto documento possa arrecare pregiudizio agli interessi tutelati dall'articolo 4, paragrafo 2, primo e terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001 e, in caso affermativo, a denegare la consultazione richiesta» (pt. 41)³¹¹.

(serie A, n. 116, pag. 29, § 74); *Gaskin/Regno Unito* del 7 luglio 1989 (serie A, n. 160, pag. 21, § 52); *Guerra e a./Italia* del 19 febbraio 1998 (Reports of Judgements and Decisions 1998-I, pag. 226, § 53) nonché *Roche/Regno Unito* del 19 ottobre 2005 (Reports of Judgements and Decisions 2005-X, § 172)». Sulla giurisprudenza della Corte EDU si v. D. ADAMSKI, *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, cit., p. 547 ss. Si evidenzia in tale sede che i diritti di cui agli artt. 41, par 2, lett. b) e 42 Carta si aggiungono a quelli della CEDU e non trovano nella Convenzione un diretto corrispondente. La Corte di Strasburgo ha desunto il diritto di accesso dalla libertà di espressione, riconosciuta all'art. 10 CEDU (cui corrisponde l'11 della Carta), e lo ha inteso nella peculiare accezione di "diritto all'informazione". Per tale motivo, tale diritto deve essere oggetto di una interpretazione ampia ove vengano in rilievo le seguenti condizioni: a) l'informazione sia già esistente ed in possesso di una pubblica autorità; b) l'informazione riguardi materie di pubblico interesse; c) la richiesta di accesso provenga da un "public watchdog".

³¹¹ Peraltro, secondo P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1244, l'affermazione secondo cui l'interesse individuale di un ricorrente ad accedere ad un documento non può essere preso in considerazione dall'istituzione chiamata a stabilire se la divulgazione del dato documento

Il Tribunale sembra, dunque, inserirsi nel solco di una sua precedente giurisprudenza, confermata anche pochi mesi dopo la stessa sentenza *Sea Handling*³¹², che si caratterizza per un approccio rigoroso in tema di invocabilità degli artt. 41 e 42 Carta nel contesto di controversie afferenti al diritto di accesso. La Corte, invece, nel dirimere in sede di impugnazione le controversie afferenti al diritto di accesso ai documenti, non si è sinora espressa in ordine alla violazione degli articoli 41 e 42 della Carta a seguito della sua entrata in vigore³¹³. Nel caso *Sea Handling*, essa ha confermato l'esito del giudizio di primo grado, ma non ha preso posizione esplicita sulle censure relative alla Carta, anche se è interessante osservare che, nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento della causa, ha omesso completamente il riferimento agli artt. 41 e 42 della Carta.

Tornando alla giurisprudenza del Tribunale, in diverse ipotesi – così come accaduto per la censura relativa all'art. 42 Carta nel caso *Sea Handling* – il richiamo agli artt. 41 e 42 della Carta è stato ritenuto generico e, in sostanza, inidoneo a dimostrare che i principi di trasparenza e di buona amministrazione sottesi a tali

possa arrecare pregiudizio agli interessi tutelati dall'art. 4, par. 2, del reg. (CE) n. 1049/2001 «should not be taken as meaning that the particular interest that an individual has in gaining access would always automatically exclude the possibility of there also existing a public interest in access».

³¹² Si fa riferimento a Trib. ord. 25 maggio 2016, causa T-581/15, *Syndial c. Commissione*, pt. 39 (l'ordinanza è stata impugnata: l'appello dinanzi alla Corte, causa C-410/16 P, è ancora pendente al momento in cui si scrive).

³¹³ Nella sentenza Corte giust. 28 giugno 2012, causa C-404/10 P, *Commissione c. Éditions Odile Jacob*, la Carta è richiamata dalla Svezia, intervenuta a sostegno dell'impresa Odile Jacob, per rafforzare il ragionamento secondo cui, ove venisse conferita prevalenza automatica alle regole di settore rispetto al reg. (CE) n. 1049/2001, verrebbe leso il principio della maggior trasparenza possibile. La Corte, tuttavia, non si pronuncia specificamente sulla violazione dell'art. 42 Carta, limitandosi a ricordare che le limitazioni all'applicazione del principio di trasparenza perseguono l'obiettivo di garantire che il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni sia esercitato senza arrecare pregiudizio alla tutela di altri obiettivi egualmente meritevoli di protezione (pt. 132 della sentenza). Per il resto, i richiami all'art. 42 della Carta sono effettuati soprattutto dagli avvocati generali: conclusioni dell'avvocato generale Kokott presentate in data 3 marzo 2011 nella causa C-506/08 P, *Svezia c. MyTravel e Commissione*, pt. 1 e pt. 27, ove si afferma che: «con l'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali, il suddetto diritto [diritto di accesso ai documenti delle istituzioni] è stato frattanto riconosciuto come diritto di cittadinanza»; conclusioni dell'avvocato generale Villalón, presentate in data 8 dicembre 2011 nella causa C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert Holding*, pt. 29; conclusioni dell'avvocato generale Villalón, presentate in data 14 aprile 2015 nella causa C-612/13 P, *ClientEarth c. Commissione*, pt. 60, che fa riferimento alla «importanza prevalente che occorre riconoscere [...] al principio di trasparenza nonché, con esso, al diritto di accesso alle informazioni e ai documenti, sancito all'articolo 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione».

norme fossero connotati da una rilevanza particolare, in grado di giustificare la divulgazione dei documenti richiesti³¹⁴.

Inoltre, nel caso *International Management Group*, il Tribunale ha affermato che il riconoscimento della presunzione generale di riservatezza a tutela degli obiettivi delle attività di indagine non comporta alcun pregiudizio al diritto fondamentale di buona amministrazione³¹⁵.

In altre due pronunce, *Catinis* e *Verein Natura Havel e Vierhaus*³¹⁶, il Tribunale ha respinto le censure dei ricorrenti sul presupposto che, non essendo stata sollevata alcuna eccezione di illegittimità del reg. (CE) n. 1049/2001 in rapporto alla Carta, il controllo in sede giurisdizionale dovesse limitarsi a vagliare la legittimità della decisione di diniego di accesso alla luce del solo reg. (CE) n. 1049/2001 e non la legittimità di quest'ultimo alla luce della Carta. Nell'ordinanza *Verein Natura Havel e Vierhaus*, il Tribunale ha anche affermato che, siccome il reg. (CE) n. 1049/2001 stabilisce i principi e le condizioni per l'esercizio del diritto di accesso in conformità all'art. 15, par. 3, TFUE, che ne costituisce la base legale, e siccome tra tali limiti è ricompresa anche l'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine, ne consegue che «*les requérants ne sauraient donc faire écarter l'application de cette exception en s'appuyant sur des dispositions générales des traités*»³¹⁷.

Tale giurisprudenza è indicativa dello spazio marginale riservato alla Carta nella materia in esame e sembra svalutare le implicazioni pratiche del diritto di accesso riconosciuto agli artt. 41 e 42 della Carta³¹⁸. Essa può prestarsi a critiche,

³¹⁴ Trib. 21 ottobre 2010, causa T-439/08, *Agapiou Joséphidès c. Commissione e EACEA*, pt. 64; 13 dicembre 2012, cause riunite T-197/11 P e T-198/11 P, *Commissione e Strack c. Strack e Commissione*, pt. da 173 a 175; ord. 25 maggio 2016, causa T-581/15, *Syndial c. Commissione*, pt. 39.

³¹⁵ Trib. 26 maggio 2016, causa T-110/15, *International Management Group c. Commissione*, pt. da 64 a 66: «applicando una presunzione generale, l'OLAF non ha violato il principio di buona amministrazione [...] l'OLAF ha spiegato, nella decisione impugnata, la ragione per cui sarebbe applicabile una presunzione, che si estenderebbe a tutti i documenti relativi all'inchiesta al fine di tutelare l'integrità delle norme settoriali specifiche adottate dal legislatore dell'Unione per quanto riguarda le sue attività».

³¹⁶ Trib. 21 maggio 2014, causa T-447/11, *Catinis c. Commissione*, pt. 62; ord. 2 settembre 2014, causa T-538/13, *Verein Natura Havel e Vierhaus c. Commissione*, pt. 70.

³¹⁷ Trib. ord. 2 settembre 2014, causa T-538/13, *Verein Natura Havel e Vierhaus c. Commissione*, pt. 68-69.

³¹⁸ Cfr. in proposito P. LEINO, *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, cit., p. 1217: «the cases [*Bavarian Lager, API e TGI*] serve as a glorious reminder of the fact that there is little agreement on how fundamental rights – in

oltre che in forza dei profili già messi in luce nei paragrafi che precedono, anche sulla base delle seguenti considerazioni.

In primo luogo, la Carta trova applicazione in tutti i settori del diritto dell'Unione: la materia del controllo degli aiuti di Stato non è da meno. Anche la normativa rilevante nel contesto degli aiuti, dunque, dovrebbe essere oggetto di una rilettura alla luce della Carta, la quale codifica principi che – proprio in tale materia – hanno una non trascurabile rilevanza aggiuntiva rispetto al contesto normativo di settore, decisamente scarno in punto di riconoscimento dei diritti delle parti interessate al procedimento di controllo degli aiuti (diversi dallo Stato membro).

In secondo luogo, si è osservato nel cap. I par. 3.3 che il diritto di accesso ai documenti *ex art. 42 Carta* e il diritto di accesso al fascicolo *ex art. 41 Carta* sono fortemente complementari e la stretta interrelazione tra i due è desumibile sia dal Trattato, che sottopone all'obbligo di trasparenza passiva *tutta l'attività dell'Unione* (tanto legislativa, quanto amministrativa), sia dalla Carta, in cui entrambi i diritti sono collocati nel titolo V, tra i diritti della cittadinanza europea, contribuendo a definire la costruzione di un rapporto democratico tra amministrazione e cittadini. Si è visto, altresì, che lo stesso reg. (CE) n. 1049/2001, pur essendo chiaramente ideato più per le procedure legislative che per quelle amministrative³¹⁹, si applica a *tutti* i documenti delle istituzioni (art. 2, par. 3, e considerando n. 2 e 11). Sebbene la genesi³²⁰ dei due diritti conduca a ritenerli

this case the right of access to documents, laid down in Article 42 of the EU Charter of Fundamental Rights – should be turned into political practice».

³¹⁹ Lo osserva L. IDOT, *Le règlement n° 1049/2001 doit-il s'appliquer aux «procédures concurrence»? À propos des affaires Technische Glaswerke Ilmenau, Odile Jacob et Agrofert*, cit., p. 6.

³²⁰ Sull'indipendenza reciproca dei due diritti si vedano le più volte citate conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *TGI*, pt. 98 e da 100 a 102, ove si afferma che: «il diritto di accesso ai documenti ha dunque un'esistenza propria indipendente dal procedimento di esame degli aiuti. Di conseguenza, l'accesso ai documenti e la consultazione del fascicolo comportano unicamente una situazione di fatto analoga in relazione alle informazioni, ma non – come espone la Commissione – la medesima posizione giuridica. Da ciò risulta, inoltre, che l'assenza di un diritto alla consultazione del fascicolo di altri interessati nel procedimento in materia di aiuti non esclude nel suo complesso neanche, quale *lex specialis* in conformità della tesi sostenuta in primo grado dalla *Schott Glas*, l'applicazione del regolamento n. 1049/2001. [...] tale indipendenza reciproca dei due diritti viene confermata dalla sentenza *Sison*. In tale sentenza, la Corte ha desunto dalla genesi storica del regolamento n. 1049/2001 che la portata del diritto di accesso esistente ai sensi del medesimo prescinde dalla questione se il richiedente necessiti o meno delle informazioni per far valere la sua posizione giuridica. Ciò significa, da un lato, che i richiedenti titolari di interessi giuridicamente tutelati ai sensi del regolamento n. 1049/2001 non hanno un diritto di accesso

giuridicamente distinti, essi portano dunque allo stesso risultato funzionale e, in ragione di ciò, non si comprimono, né limitano a vicenda, con la conseguenza che l'assenza del diritto di accesso al fascicolo in un determinato settore del diritto dell'Unione *non* fonda un'eccezione all'accesso ai sensi del reg. (CE) n. 1049/2001.

In terzo luogo, si può osservare che l'art. 41, par. 2, lett. b), Carta delinea il diritto di accesso al fascicolo in termini ampi, non riservandolo alle sole parti in senso tecnico del procedimento amministrativo cui afferisce il dato fascicolo, ma estendendolo – tramite la formulazione «*diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda*» – a tutti i casi in cui il fascicolo *riguardi* il richiedente accesso. Ne discende, a nostro giudizio, che in materia di aiuti l'art. 41, par. 2, lett. b), può essere invocato anche da soggetti diversi dalle parti in senso tecnico del procedimento (si pensi, *in primis*, al beneficiario, ai concorrenti del beneficiario, ai denunciati). Esso può costituire il grimaldello su cui fondare la valorizzazione del ruolo delle parti interessate alla procedura di controllo anche nella fase amministrativa e non solo, come sinora è accaduto, nella fase giurisdizionale (tramite una complessa e più che ventennale giurisprudenza sulla legittimazione ad agire dei privati contro le decisioni della Commissione in materia di aiuti, che ha ampliato l'accesso di questi ultimi al giudice dell'Unione: su questo aspetto si v. *infra* cap. III, par. 1.2).

Infine, occorre considerare che, in qualità di responsabile del procedimento, la Commissione resta in ogni caso gravata da un dovere di buona amministrazione in forza dell'art. 41 Carta. Grazie all'interpretazione del par. 1 della norma, secondo cui «*ogni persona ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole*», il Tribunale ha in passato riconosciuto, proprio in una controversia che coinvolgeva l'impresa TGI³²¹, che «*nonostante il carattere limitato dei diritti alla partecipazione e all'informazione [...] di cui gode il beneficiario di un aiuto, la Commissione, quale responsabile del procedimento, può avere, almeno a prima vista, l'obbligo di trasmettergli*

ai documenti più esteso di altri. Dall'altro lato, il diritto di tali richiedenti non è limitato in misura maggiore rispetto al diritto di qualsiasi terzo. L'eventualità che alcuni richiedenti esigano il documento per impiegarlo allo scopo di far valere altri diritti non può né rafforzare né indebolire il loro diritto ai sensi del regolamento n. 1049/2001. Pertanto, l'esclusione della consultazione del fascicolo da parte di altri interessati nel procedimento in materia di aiuti non fonda un'eccezione al diritto di accesso ai documenti».

³²¹ Trib. ord. 4 aprile 2002, causa T-198/01 R, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*, pt. 85. Si v. in dottrina C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Torino, 2012, p. 29.

osservazioni dalla stessa espressamente richieste ad un concorrente a seguito delle osservazioni inizialmente presentate da tale beneficiario. Consentire alla Commissione di scegliere, nel corso del procedimento, di chiedere informazioni aggiuntive specifiche a un concorrente del beneficiario, senza accordare a quest'ultimo l'opportunità di prendere conoscenza delle osservazioni formulate in risposta, e, se del caso, di replicare ad esse, rischia di ridurre considerevolmente l'effetto utile del diritto di essere sentito spettante a tale beneficiario»³²². In altri termini, il fatto di non essere parte in senso tecnico del procedimento non dovrebbe ostare al riconoscimento di un diritto fondamentale dell'ordinamento europeo quale il diritto ad un'azione amministrativa imparziale e non discriminatoria, di cui l'accesso al fascicolo amministrativo costituisce una tipica espressione. Tale diritto, al contrario, dovrebbe poter trovare affermazione anche in mancanza di una normativa specifica.

³²² *Contra* Trib. 12 maggio 2011, cause riunite T-267/08 e T-279/08, *Région Nord-Pas-De-Calais c. Commissione*, pt. 75, ove il giudice ha rigettato la violazione del principio di buona amministrazione, ritenendo che gli "interessati" al procedimento di controllo, essendo mere fonti di informazione prive dei diritti della difesa, «non possono invocare una violazione del principio di buona amministrazione in quanto la Commissione non avrebbe sollecitato individualmente le loro osservazioni circa il procedimento di esame dell'aiuto».

CAPITOLO III

EQUITA' E ADEGUATEZZA DELLE PROCEDURE DI CONTROLLO DEGLI AIUTI DI STATO NEL PRISMA DELL'ACCESSO AGLI ATTI

1. Le conseguenze operative dell'interpretazione restrittiva del diritto di accesso al fascicolo in termini di garanzie procedurali riconosciute ai privati nei procedimenti in materia di aiuti di Stato

L'orientamento restrittivo in materia di accesso al contenuto del fascicolo di un procedimento di controllo in materia di aiuti può essere esaminato non solo, come sinora si è fatto, nel precipuo contesto delle regole europee in materia di trasparenza e di diritto di accesso e della giurisprudenza sviluppatasi in tale ambito, ma anche nella più specifica prospettiva delle garanzie procedurali previste per le parti interessate all'indagine svolta dalla Commissione sulla misura di aiuto, con particolare riguardo al beneficiario dell'aiuto ed ai suoi concorrenti lesi dalla concessione della sovvenzione pubblica. Infatti, il diritto di accesso al fascicolo, "sganciato" dalla tradizionale connotazione di strumento di tutela giurisdizionale effettiva, diviene con l'art. 41 Carta (cfr. cap. I, par. 3.3) un mezzo funzionale a garantire prima di tutto la buona amministrazione. In altre parole, esso rileva, ancor prima che nella fase (solo eventuale) giurisdizionale, in quella amministrativa di controllo della sovvenzione pubblica da parte della Commissione. Esso, più precisamente, concorre ad assicurare il corretto svolgimento del procedimento, ossia un'azione della Commissione improntata al rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione riconducibili al concetto di buona amministrazione, tra cui, per l'appunto, il principio di trasparenza intesa in un'ottica procedurale, quale garanzia partecipativa del singolo al procedimento³²³, ed il principio del contraddittorio procedimentale³²⁴, entrambi

³²³ L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in J. RIDEAU (sous la direction de), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique*, cit., p. 121 ss. e spec. p. 122.

³²⁴ Sul quale si v., *ex multis*, M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; M. C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, 2° ed., Torino, 2004; G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, 2008, spec. pp. 29 - 102.

funzionali alla costruzione di un rapporto democratico (e non sovrano) nei confronti dei cittadini³²⁵.

In base all'esame condotto nei capitoli precedenti, possono trarsi alcune considerazioni sull'equità e sull'adeguatezza dell'azione amministrativa comunitaria nelle procedure di indagine sulle misure di aiuto, tenendo conto, in particolare, dei riflessi dell'interpretazione restrittiva in tema di accesso al fascicolo alla luce della nuova normativa procedurale in materia di aiuti (par. 1.2).

1.2 La riforma delle regole di procedura e l'aggravio della posizione delle parti interessate all'indagine in materia di aiuti: possibile occasione per l'applicazione del criterio suppletivo in funzione di recupero del vuoto di tutela?

Come noto, il settore degli aiuti di Stato è tradizionalmente poco permeabile al riconoscimento di significative garanzie procedurali per i soggetti interessati al controllo operato dalla Commissione sulle misure di aiuto e diversi dallo Stato membro responsabile dell'erogazione della sovvenzione nei cui confronti la procedura di controllo viene avviata³²⁶.

³²⁵ Cfr. Corte giust. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, p. 23: «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini».

³²⁶ Su questa problematica si segnalano, senza pretesa di esaustività, O. MONTALDO, P. MEDINA PALOMINO, *Aides d'Etat et moyens de défense des entreprises*, in *Rev. Marché Unique eur.*, 1991, fasc. 4, p. 11 ss.; L. GYSELEN, *La transparence en matière d'aides d'Etat: les droits des tiers*, in *CDE*, 1993, p. 417 ss.; G. BELOTTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario della concorrenza – Della tutela dei terzi*, in *Dir. comm. scambi int.*, 1995, p. 469 ss.; J.-Y. CHÉROT, *Le juge judiciaire et l'article 93, paragraphe 3, du traité de Rome. Vers un progrès notable des droits des concurrents des bénéficiaires d'aides publiques*, in *AJDA*, 1998, p. 467 ss.; M. C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, cit., spec. p. 146 ss.; M. MEROLA, *Legal position of third parties in the procedure governing matters of State aids*, in *European Association of Lawyers, European Competition Law: a new role for Member States*, Bruxelles, 2001, p. 255 ss.; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; H. P. NEHL, *The Imperfect Procedural Status of Beneficiaries of Aid in EC State Aid Proceedings*, in *EStAL*, 2006, p. 57 ss.; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, cit., p. 27 ss.; P. IANNUCELLI, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia, tra dialogo con gli ordinamenti nazionali e tutela dei diritti della difesa*, cit.

Tale peculiarità deriva inizialmente dall'assenza di una normativa procedurale attuativa della disposizione del Trattato (il previgente art. 92, poi art. 88 TCE e ora art. 108 TFUE), il quale si limita a prevedere la possibilità per la Commissione di intimare agli interessati di presentare le loro osservazioni. A ciò si aggiunge la concezione formalistica consolidatasi nel tempo in giurisprudenza, alla quale si è già fatto cenno nel cap. II, par. 2, secondo cui il procedimento di controllo degli aiuti, nella sua impostazione sistematica, si configura come procedimento *bilaterale* che intercorre unicamente tra Commissione e Stato membro responsabile. Per conseguenza, i terzi vengono considerati come meri "interessati" e non come "parti in senso tecnico" e, pertanto, non possono pretendere un dibattito in contraddittorio con la Commissione al pari di quello previsto in favore dello Stato membro³²⁷.

Il vuoto normativo si protrae per molti anni, sino all'avvento del reg. (CE) n. 659/1999 che, all'art. 20, rubricato *Diritti degli interessati*, riconosce per la prima volta in modo espresso un nucleo di garanzie procedurali minime per i soggetti interessati³²⁸, dando così attuazione al considerando n. 16, in forza del quale «è opportuno definire tutte le possibilità di cui dispongono i terzi per difendere i loro interessi in procedimenti in materia di aiuti». In particolare, la norma prevede il diritto di ogni parte interessata di presentare osservazioni nel procedimento di indagine *formale*³²⁹ (par. 1), e di ricevere, unitamente ai beneficiari di aiuti individuali, copia

³²⁷ Per i riferimenti giurisprudenziali, si rimanda alla nota n. 165.

³²⁸ L'art. 20 così recita: «ogni parte interessata può presentare osservazioni, a norma dell'articolo 6 in seguito ad una decisione della Commissione di dare inizio al procedimento d'indagine formale. A ogni parte interessata che abbia presentato osservazioni e a ogni beneficiario di aiuti individuali viene trasmessa copia della decisione adottata dalla Commissione a norma dell'articolo 7. Ogni parte interessata può informare la Commissione di ogni presunto aiuto illegale e di ogni presunta attuazione abusiva di aiuti. La Commissione, se ritiene che, in base alle informazioni in suo possesso, non vi siano motivi sufficienti per esprimere un parere sul caso, ne informa l'interessato. La Commissione, se adotta una decisione su un caso riguardante l'argomento delle informazioni fornite, invia copia di tale decisione alla parte interessata. A sua richiesta, ogni parte interessata ottiene copia di qualsiasi decisione adottata a norma degli articoli 4, 7, 10, paragrafo 3, e 11». Secondo M. C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, cit., p. 165: «con il riconoscimento esplicito dei diritti dei soggetti interessati, tra cui il denunciante, si [è] proseguito nel processo di superamento della dicotomia Commissione - Stato interessato che, già avviato dalla giurisprudenza, deve condurre ad una migliore definizione delle regole in base alle quali la Commissione esercita la propria discrezionalità in materia di aiuti che rimane tuttora amplissima».

³²⁹ Restando, per converso, la fase dell'indagine *preliminare* caratterizzata da maggior segretezza, in assenza di obblighi di pubblicità in capo alla Commissione nei riguardi dei terzi interessati, i quali in ragione di ciò, difficilmente ne vengono a conoscenza. La decisione di

della decisione finale adottata dalla Commissione a conclusione dell'indagine (par. 1), nonché di qualsiasi decisione adottata dalla Commissione in forza degli articoli 4, 7, 10 par. 3, e 11 del regolamento (par. 3). Inoltre, la disposizione contribuisce a definire il ruolo e le garanzie del denunciante, stabilendo che le parti interessate hanno il diritto di informare la Commissione di ogni presunto aiuto illegale o presunta attuazione abusiva di aiuti (par. 2) e di essere informate dalla Commissione circa la decisione adottata o circa la proposta di archiviare il caso.

La giurisprudenza contribuisce al coinvolgimento delle parti interessate, riconoscendo loro la possibilità di fornire informazioni aggiuntive entro un lasso di tempo ragionevole (nel caso in cui la Commissione ritenga che le informazioni previamente ottenute non siano sufficienti per potersi pronunciare sul caso) e gravando il beneficiario dell'aiuto di un dovere di leale collaborazione nei confronti della Commissione simile a quello già imposto in capo allo Stato membro³³⁰.

La tendenza, se ne desume, non è tanto quella di attribuire significativi diritti ai terzi interessati – difettando, anzi, in materia il riconoscimento di alcuni diritti espressione di principi essenziali che regolano i procedimenti amministrativi³³¹ –

avvio dell'indagine formale, al contrario, è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale. Come osservato in dottrina, «le parti private svolgono un ruolo “attivo” solamente nella fase dell'indagine formale [...], mentre la loro funzione, nell'ambito della fase di indagine preliminare si esaurisce, se del caso, solo nella proposizione della denuncia su un presunto aiuto illegale ed incompatibile»: C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, cit., p. 29. Si v. anche E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Private Parties and State Aid Procedures: a critical analysis of the changes brought by regulation 734/2013*, cit., p. 396.

³³⁰ Corte giust. 17 luglio 2008, causa C-521/06 P, *Athinaïki Techniki c. Commissione*, pt. 39. Si v. anche Trib. 14 dicembre 2005, causa T-200/04, *Regione autonoma della Sardegna c. Commissione*, pt. 51, secondo cui il beneficiario dell'aiuto, al pari dello Stato membro, deve fornire alla Commissione tutte le informazioni necessarie all'istituzione per dimostrare che il progetto d'aiuto rientra nelle deroghe previste in applicazione del trattato. Al beneficiario, in sostanza, viene esteso lo stesso obbligo di collaborazione nei confronti della Commissione già gravante sullo Stato membro: Trib. 11 febbraio 2009, causa T-25/07, *Iride e Iride Energia c. Commissione*, pt. 100-101. Tuttavia, la mancata comunicazione del “mutamento sostanziale di analisi” della misura di aiuto da parte della Commissione non attribuisce al beneficiario il diritto di presentare informazioni aggiuntive: Trib. 15 dicembre 2009, causa T-156/04, *EDF c. Commissione*, pt. 125 ss.

³³¹ Ad esempio, Corte giust. 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, pt. 15, p. 1079. In dottrina si v. K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, cit., p. 531 ss. e spec. p. 541; M. C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, cit., p. 14 ss.

quanto piuttosto quella di realizzare una loro progressiva partecipazione nella procedura, sebbene nei limiti in cui essa risulti funzionale alla Commissione, che si “serve” dei terzi alla stregua di fonti di informazioni (tramite le osservazioni e le denunce)³³².

Questa tendenza trova il proprio apice con la nuova disciplina procedurale di cui al reg. (UE) 2015/1589, entrata in vigore nel novembre 2015. Nell’impianto del nuovo regolamento, la richiesta di informazioni da parte della Commissione diviene un istituto centrale per la buona riuscita delle indagini e viene fortemente valorizzata attraverso una regolamentazione specifica e rigorosa, che coinvolge in modo diretto le parti interessate. In particolare, viene prevista in capo alla Commissione la facoltà di richiedere informazioni, mediante semplice domanda o mediante decisione, non solo agli Stati membri, ma anche alle imprese (art. 7 per gli aiuti nuovi³³³, art. 12, par. 2, per gli aiuti illegali, che richiama l’art. 7),

³³² C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell’Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, cit., p. 31: «le garanzie procedurali conferite ai privati nella procedura di controllo in alcun modo hanno l’obiettivo, come inteso dal regolamento, di assicurare un minimum di diritto di difesa, essendo tali garanzie funzionali solamente all’acquisizione e alla completezza di informazioni utili alle indagini».

³³³ L’art. 7 recita: «1. Dopo l’avvio del procedimento d’indagine formale di cui all’articolo 6, in particolare in casi tecnicamente complessi soggetti a una valutazione sostanziale, la Commissione, se le informazioni fornite dallo Stato membro interessato nel corso dell’esame preliminare non sono sufficienti, può richiedere a un altro Stato membro, a un’impresa o a un’associazione di imprese di fornire tutte le informazioni di mercato necessarie per consentirle di completare la valutazione della misura in questione, tenendo debito conto del principio di proporzionalità, in particolare per quanto riguarda le piccole e medie imprese. 2. La Commissione può richiedere informazioni unicamente: a) se la richiesta è limitata a procedimenti d’indagine formale fino a quel momento considerati inefficaci dalla Commissione; e b) per quanto riguarda i beneficiari di aiuti, se lo Stato membro interessato acconsente alla richiesta. 3. Le imprese o associazioni di imprese che forniscono informazioni a seguito di una richiesta di informazioni di mercato della Commissione ai sensi dei paragrafi 6 e 7 trasmettono la loro risposta simultaneamente alla Commissione e allo Stato membro interessato, qualora i documenti forniti non contengano informazioni riservate nei confronti di tale Stato membro. La Commissione dirige e controlla la trasmissione di informazioni tra gli Stati membri, le imprese o le associazioni di imprese interessati e verifica l’asserita riservatezza delle informazioni trasmesse. 4. La Commissione richiede soltanto informazioni a disposizione degli Stati membri, delle imprese o delle associazioni di imprese interessati dalla richiesta. 5. Gli Stati membri forniscono le informazioni sulla base di una semplice richiesta ed entro un termine stabilito dalla Commissione che di norma non dovrebbe superare un mese. Se uno Stato membro non fornisce le informazioni richieste entro detto termine o fornisce informazioni incomplete, la Commissione invia un sollecito. 6. La Commissione, mediante semplice domanda, può richiedere informazioni a un’impresa o associazione di imprese. Nell’inviare una semplice domanda d’informazioni a un’impresa o associazione di

stabilendo la possibilità di esigere l'adempimento delle richieste di informazioni tramite l'applicazione di ammende e di penalità di mora, da comminare in caso di informazioni che, intenzionalmente o per negligenza grave delle parti interessate, risultino false, inesatte, fuorvianti o mancanti (art. 8).

Parimenti, anche per quanto riguarda la presentazione di denunce, la disciplina è ora più rigorosa, prevedendo l'obbligo per la parte denunciante di ricorrere alla compilazione di un apposito modulo tramite cui fornire tutte le informazioni obbligatorie ivi richieste. La Commissione può invitare il denunciante a presentare osservazioni se gli elementi da questo adottati non sono sufficienti o in caso di mancato utilizzo dell'apposito modulo (art. 24, par. 2).

Invece, ancora una volta le nuove regole procedurali non prevedono a favore delle parti interessate alcuna forma di contraddittorio sulle informazioni rese, né la possibilità di essere ascoltate tramite audizioni, essendo consentito solo allo Stato membro di ricevere copia delle richieste di informazioni inviate alle imprese (e ad altri Stati membri) al fine di poter tutelare i propri diritti di difesa e di poter presentare osservazioni.

imprese, la Commissione indica la base giuridica e lo scopo della domanda, precisa le informazioni richieste e stabilisce un termine adeguato entro il quale le informazioni devono essere fornite. Essa fa riferimento altresì alle sanzioni previste dall'articolo 8, paragrafo 1, nel caso in cui siano fornite informazioni inesatte o fuorvianti. 7. La Commissione, mediante decisione, può richiedere informazioni a un'impresa o associazione di imprese. Quando richiede a un'impresa o associazione di imprese di comunicare informazioni mediante decisione, la Commissione indica la base giuridica e lo scopo della richiesta, precisa le informazioni richieste e stabilisce un termine adeguato entro il quale le informazioni devono essere fornite. Essa indica altresì le sanzioni previste dall'articolo 8, paragrafo 1, e indica o irroga le penalità di mora di cui all'articolo 8, paragrafo 2, ove opportuno. Inoltre, essa fa menzione del diritto dell'impresa o dell'associazione di imprese di presentare ricorso contro la decisione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. 8. Quando presenta una richiesta a norma del paragrafo 1 o 6 del presente articolo o adotta una decisione a norma del paragrafo 7, la Commissione simultaneamente ne fornisce anche una copia allo Stato membro interessato. La Commissione indica i criteri in base ai quali essa ha selezionato i destinatari della richiesta o della decisione. 9. I proprietari delle imprese o i loro rappresentanti o, se si tratta di persone giuridiche, di società, o di associazioni non dotate di personalità giuridica, coloro che, per legge o in base allo statuto, ne hanno la rappresentanza forniscono le informazioni richieste o necessarie a loro nome. Le persone debitamente incaricate possono fornire le informazioni a nome dei loro clienti. Questi ultimi sono tuttavia considerati pienamente responsabili qualora le informazioni fornite siano inesatte, incomplete o fuorvianti».

E' indubbio che la nuova normativa, come osservato in senso critico da molta dottrina³³⁴, non risolve in via definitiva il problema del ruolo dei terzi, non riconoscendo loro la posizione di *parti in senso tecnico* del procedimento e non estendendo loro il diritto al contraddittorio pieno (ivi incluso l'accesso al fascicolo), ma, anzi, confermando l'impostazione binaria Commissione/Stato membro³³⁵. Tuttavia, essa realizza un sempre maggiore coinvolgimento dei terzi, conferisce loro un ruolo tutt'altro che estraneo al procedimento, aggravato dai penetranti poteri coercitivi di raccolta delle informazioni attribuiti alla Commissione sulla scorta del modello *antitrust*³³⁶. In quest'ultimo, tuttavia, alla natura sanzionatoria del procedimento corrisponde il riconoscimento di diritti di difesa delle imprese³³⁷. Invece, il nuovo regolamento procedurale in materia di aiuti attribuisce ai privati interessati nuovi oneri non compensati da altrettante garanzie procedurali, acuendo una tensione già evidente nel previgente regime normativo.

³³⁴ Si v. T. JAEGER, *The Inquisition Retakes Brussels (Via the New Procedural Regulation)*, in *EStAL*, 2013, p. 441 ss.; F.-C. LAPRÉVOTE, *A Missed Opportunity? State aid Modernization and Effective Third Parties Rights in State aid Proceedings*, cit., pp. 431-432 e 435-436 per un interessante confronto tra i diritti del beneficiario di un aiuto e quelli di una impresa coinvolta in casi afferenti alla difesa contro le importazioni oggetto di sovvenzioni provenienti da Paesi non membri dell'Unione; H. P. NEHL, *2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to Exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection*, cit., p. 235 ss.; E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Private Parties and State Aid Procedures: a critical analysis of the changes brought by regulation 734/2013*, cit., p. 385 ss., spec. pp. 412-413.

³³⁵ Il nuovo regolamento si preoccupa, a tal riguardo, di precisare che «la fornitura di informazioni da parte del beneficiario della misura di aiuto in questione non costituisce una base giuridica per negoziati bilaterali tra la Commissione e il beneficiario interessato» (considerando n. 11).

³³⁶ H. P. NEHL, *2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to Exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection*, cit., p. 243 ss. Si v. anche: G. BIAGIONI, S. GOBBATO, Art. 27, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, p. 334 ss.; G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit.

³³⁷ Esprime critiche sulla trasponibilità al settore degli aiuti di soluzioni applicate in materia di concorrenza M. RZOTKIEWICZ, *The General Principles of EU Law and Their Role in the Review of state Aid Put into Effect by Member States*, in *EStAL*, 2013, p. 464 ss. e spec. p. 475. Si v. anche le considerazioni di G. BIAGIONI, *Le novità della Commissione in materia di miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e controllo sugli aiuti di Stato*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, p. 79 ss. e spec. p. 91.

E' noto che la giurisprudenza ha sovente cercato di compensare il *deficit* di tutela delle parti interessate tramite l'ampliamento, seppur non sempre agevole, della legittimazione ad agire in giudizio contro la decisione della Commissione in materia di aiuti³³⁸, attraverso una lettura dell'«*accesso ai rimedi diretti in chiave di garanzia procedurale*»³³⁹.

Di contro, alla luce di quanto osservato nel capitolo precedente, si desume che una simile evoluzione in senso ampliativo delle garanzie procedurali dei privati non è parimenti avvenuta con riguardo al diritto di accesso al fascicolo della Commissione, sebbene questa operazione andasse potenzialmente incontro a minori difficoltà interpretative rispetto alla più complessa questione della legittimazione ad agire dei privati, proprio per la presenza di una normativa già completa e di applicazione *generale* come il reg. (CE) n. 1049/2001. Ne deriva il paradosso per cui, mentre la giurisprudenza ha cercato di garantire una maggior tutela nella fase (solo eventuale) a valle, tramite l'ampliamento dell'accesso diretto dei privati dinanzi al giudice dell'Unione per l'impugnazione delle decisioni della Commissione in materia di aiuti, lo stesso non è avvenuto nella fase procedimentale a monte. Qui non vi è stata estensione dei principi di trasparenza e di diritto al contraddittorio nei confronti dei privati interessati (e lesi) dai procedimenti di controllo sugli aiuti, pur potendosi in tal modo favorire anche un effetto deflattivo del contenzioso.

Nessuna delle sentenze, esaminate nel capitolo che precede e relative all'accesso al fascicolo del procedimento in materia di aiuti, verte su casi cui trova applicazione *ratione temporis* il nuovo regolamento di procedura. Tuttavia, quel che ci pare evidente è che, se l'interpretazione restrittiva consolidatasi sinora – e basata sul previgente reg. (CE) n. 659/1999 – sarà confermata anche nel nuovo contesto normativo, verrà presumibilmente ancor più esacerbata la problematica derivante dalla mancata attribuzione di adeguate garanzie procedurali a

³³⁸ Sul complesso problema della legittimazione ad agire si v. recentemente: A. SINNEVE, *State aid procedures: developments since the entry into force of the procedural regulation*, in *CMLRev*, 2007, p. 975 ss.; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, cit.; P. IANNUCELLI, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia, tra dialogo con gli ordinamenti nazionali e tutela dei diritti della difesa*, cit., p. 83 ss.; G. GATTINARA, *La tutela giurisdizionale contro le decisioni in materia di aiuti di Stato della Commissione (Diritto UE)*, in L. F. PACE, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.

³³⁹ Lo osserva C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, cit., p. 114.

compensazione degli oneri gravanti in capo ai terzi interessati al procedimento di controllo condotto dalla Commissione.

Tale giurisprudenza, difatti, andrebbe a confermare un rapporto di squilibrio sempre meno sostenibile³⁴⁰ fra il singolo e l'autorità, che difficilmente potrebbe essere ascritto al principio di buona amministrazione, per come delineato nella Carta (art. 41) e precisato nel Codice europeo di buona condotta amministrativa³⁴¹. I nuovi e più incisivi poteri, anche coercitivi, attribuiti alla Commissione per l'acquisizione di informazioni presso i terzi determinano una maggior esigenza di trasparenza della procedura, estesa anche ai soggetti diversi dallo Stato membro, e vanno nella direzione di rendere più – anziché meno – necessaria ed impellente la possibilità per tali soggetti di accedere al fascicolo. La necessità di accrescere la trasparenza delle procedure in materia di aiuti e di aumentare il coinvolgimento delle imprese beneficiarie era stata del resto riconosciuta dalla stessa Commissione già nel Piano di azione del 2005³⁴² e (almeno con riguardo ai contatti della fase di pre-notificazione) nel Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato³⁴³.

³⁴⁰ H. P. NEHL, *2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to Exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection*, cit., p. 246.

³⁴¹ Esso rappresenta uno strumento di attuazione del principio di buona amministrazione, approvato dal Parlamento europeo nel 2001. Il Codice promuove l'interesse pubblico nei confronti di una amministrazione aperta, efficiente ed indipendente e delinea gli standard amministrativi cui devono conformarsi le istituzioni europee. Contemporaneamente all'approvazione del Codice, il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione con cui invita il Mediatore europeo ad applicare il Codice allorché ravvisi un caso di cattiva amministrazione. Si v. anche la precedente nota n. 36. Si tenga presente, tuttavia, che il Mediatore europeo, nella recente decisione del 23 settembre 2016 sul caso 1179/2014/LP sul coinvolgimento delle parti interessate nelle procedure di indagine in materia di aiuti, ha ritenuto che: «the Commission practice - once it has initiated the formal State aid investigation procedure against a Member State - of refusing to provide interested parties, including the beneficiary, with access to its State aid file is not in breach either of the relevant procedural legal framework or of the jurisprudence of the EU Courts concerning the role and rights of interested parties in State aid procedures. Thus, the Ombudsman does not find any maladministration» (pt. 66).

³⁴² Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, COM(2005) 107 def. del 7 giugno 2005.

³⁴³ In *GUUE*, C 136 del 16 giugno 2009, p. 13 ss., spec. sez. 3. Tuttavia, H. P. NEHL, *2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to Exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection*, cit., p. 236 osserva che il Codice, così come la Comunicazione relativa alla modernizzazione degli aiuti di Stato (COM(2012)209 def), «put much more emphasis on rendering procedures more efficient and the implementation of substantive State aid rules more effective rather than promoting the introduction or improvement of individual

E' pur vero che sia il nuovo regolamento di procedura, sia la giurisprudenza restrittiva in punto di accesso al fascicolo in materia di aiuti poggiano su principi – in particolare quello del carattere binario ed esclusivo del procedimento tra Commissione e Stato membro – che sono ampiamente consolidati e ricavati direttamente dal Trattato. L'art. 108 TFUE, infatti, delinea un rapporto riservato fra Stato membro responsabile dell'erogazione dell'aiuto e Commissione, in cui ai terzi interessati è concesso solo di presentare osservazioni. Ne consegue, come osservato da attenta dottrina³⁴⁴, che una reale riforma di questo aspetto difficilmente può essere attuata al solo livello secondario, presupponendo, al contrario, di rimettere in discussione l'intero sistema di controllo degli aiuti anche a livello di diritto primario. Ciò nonostante, proprio nel diritto primario si sono avuti importanti cambiamenti in tema di diritto di accesso e di trasparenza a seguito della riforma di Lisbona, che sono di carattere *trasversale* e che investono anche il settore degli aiuti. Se ne deve desumere che, pur in assenza di una modifica degli artt. 107-109 TFUE, anche il settore in esame è interessato dagli obblighi rafforzati in tema di accesso introdotti dal Trattato di Lisbona.

Sotto tale aspetto – e stante l'attuale quadro regolatorio di settore – viene ancora una volta in rilievo la soluzione consistente nel compensare, almeno in via pretoria, il *deficit* di tutela procedurale tramite l'utilizzo del criterio suppletivo, a garanzia di un margine di operatività *effettiva* del reg. (CE) n. 1049/2001 e dell'ingresso dei principi regolatori che esso esprime anche nel settore degli aiuti, per adeguare la procedura alle esigenze di trasparenza e di rispetto del contraddittorio e riequilibrare anche nella fase amministrativa l'asimmetria tra oneri e diritti riconosciuti alle parti interessate. Una soluzione simile era stata con discrezione avanzata in nota nelle conclusioni dell'avvocato generale Kokott al caso *TGI*, ove si affermava che: «*vi è al contrario motivo per procedere ad una verifica del diritto procedurale qualora il diritto di accesso ai sensi del regolamento n. 1049/2001 sia più esteso dei diritti procedurali delle parti titolari di interessi giuridicamente tutelati. In linea di principio, il diritto procedurale dovrebbe infatti tener conto di tali interessi e*

procedural rights». Si v. anche F. FILPO, *The Commission 2009 Procedural Reform from a Private Party Perspective: Two Steps Forward, One Step Back?*, in *EStAL*, 2010, p. 8 ss.

³⁴⁴ Lo osservava, già prima che fosse portata a termine la riforma delle regole di procedura, C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, cit., p. 374.

mettere a disposizione dei soggetti di cui trattasi più informazioni di quante se ne forniscano alla collettività»³⁴⁵.

A supporto di quanto sinora osservato, concorrono anche talune considerazioni di ordine pratico.

Anzitutto, è stato da più parti sostenuto che l'accessibilità alle osservazioni e alle informazioni fornite dai terzi interessati può contribuire a migliorare la base della decisione della Commissione, poiché favorisce un controllo incrociato dei dati forniti e diminuisce la probabilità per l'istituzione di trovarsi dinanzi ad informazioni false o comunque ingannevoli³⁴⁶. Ciò può riguardare, in particolare, le informazioni fornite dal denunciante: permettere l'accessibilità ad esse garantisce un più efficace controllo sulla loro veridicità e funge da deterrente per informazioni capziose o errate. In altri termini, l'acquisizione di informazioni presso i terzi interessati – che viene sensibilmente valorizzata nel nuovo regolamento quale istituto centrale per un efficace controllo degli aiuti di Stato – può dare esiti più fruttuosi in un contesto di maggior trasparenza, favorendo il prevalente interesse pubblico ad evitare che la Commissione avvii procedure di indagine in base a notizie errate o fuorvianti, con il conseguente dispendio di denaro pubblico che le stesse determinano.

Del resto, sia la previgente normativa procedurale (art. 6, par. 2, reg. (CE) n. 659/1999), sia la nuova (art. 6, par. 2, e art. 9, par. 10, reg. (UE) n. 2015/1589), prevedono un meccanismo di tutela della segretezza dell'identità delle imprese che agiscono come informatori, sicché l'esigenza di protezione di tali imprese e dei loro segreti aziendali non è in grado di giustificare a priori un diniego di accesso (si ricordi, in proposito, la soluzione in tal senso offerta nel caso *NLG*, cap. II, par. 3.3). Se è certamente necessario arginare richieste di accesso pretestuose, promosse al solo fine di ottenere informazioni sensibili sui *competitors* e di conoscere l'identità dei denunciati, è altrettanto vero che sapere se l'informazione è stata fornita da un denunciante o deriva da un'iniziativa della Commissione e conoscerne il contenuto assume rilievo nell'ottica dell'interesse pubblico al corretto ed efficace svolgimento delle procedure di controllo in

³⁴⁵ Cfr. nota n. 42 delle più volte citate conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *TGI*.

³⁴⁶ Si vedano, ad esempio, le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nel caso *TGI* già cit., pt. 140: «l'accessibilità alle osservazioni formulate dai terzi interessati può migliorare la base della decisione della Commissione. Se le osservazioni sono accessibili, le parti interessate possono controllarsi a vicenda e correggere tempestivamente dati errati. Viene altresì diminuita la tentazione di fornire informazioni false o ingannevoli alla Commissione».

materia di aiuti. Si pensi, ad esempio, al caso in cui la Commissione, in mancanza di dati utili ed a fronte di informazioni incomplete o inesatte, valuti come incompatibile un aiuto che potrebbe non essere tale alla luce di informazioni aggiuntive che il beneficiario avrebbe tutto l'interesse a fornire. Tale problematica è ora in parte arginata dal nuovo regolamento di procedura, che consente alla Commissione di rivolgersi direttamente ai terzi interessati: tuttavia, mancando un contraddittorio sulle informazioni da essi e dallo Stato membro fornite, non è comunque possibile un controllo incrociato delle medesime (se non ad opera della sola Commissione e dello Stato membro, che può prenderne visione e presentare le proprie osservazioni al riguardo).

Infine, sotto altro punto di vista, si può osservare che l'interpretazione restrittiva del diritto di accesso delineata dalla giurisprudenza e fondata sulla concezione binaria (Commissione-Stato membro) del procedimento di controllo potrebbe al più ritenersi adeguata se parametrata al modello ideale del sistema di controllo, fondato sul presupposto che gli Stati membri rispettino sempre i due obblighi derivanti dall'art. 108, par. 3, TFUE (obbligo di notifica alla Commissione dell'aiuto progettato e obbligo di sospensione dell'erogazione dell'aiuto sino alla decisione di compatibilità della misura da parte della Commissione). In tale ipotesi, infatti, l'apertura di un procedimento amministrativo da parte della Commissione nei confronti dello Stato membro non determinerebbe necessariamente un pregiudizio immediato al (potenziale) beneficiario ed ai suoi concorrenti (nei limiti in cui questi possano fornire tutte le informazioni utili per convincere la Commissione rispettivamente della compatibilità o della incompatibilità della sovvenzione) e potrebbe più facilmente giustificare una riduzione delle garanzie procedurali³⁴⁷. Tuttavia, il modello delineato è per l'appunto *ideale* e la prassi in materia di aiuti di Stato dimostra, al contrario, la perdurante tendenza degli Stati membri a non notificare i progetti, rendendo il fenomeno degli aiuti illegali non ancora realmente arginato³⁴⁸. Tale ultima considerazione introduce un'ulteriore questione, relativa alle conseguenze operative dell'interpretazione restrittiva del diritto di accesso al fascicolo della Commissione nell'ambito del *private enforcement* degli aiuti di Stato, di cui ci occuperemo nel prossimo paragrafo.

³⁴⁷ Si vedano, a tale riguardo, le considerazioni di M. MUÑOZ DE JUAN, J. M. PANERO RIVAS, *The ECJ's Backlash on Access to Documents in the Commission's File on State Aid Cases by Private Parties*, cit., pp. 875-876.

³⁴⁸ M. L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement*, in *Dir. Un. eur.*, 2010 p. 381 ss. e spec. pp. 384-385.

2. Le conseguenze operative dell'interpretazione restrittiva del diritto di accesso al fascicolo nel *private enforcement* degli aiuti di Stato

Come accennato poco sopra, occorre verificare se ed in quale misura l'interpretazione restrittiva in tema di accesso al fascicolo in materia di controllo degli aiuti influisca sul *private enforcement*, ossia sull'applicazione a livello nazionale della normativa europea sugli aiuti di Stato³⁴⁹. Ciò, in particolare, nel caso in cui sia necessario tutelare i soggetti privati lesi dalla prematura concessione di un aiuto di Stato in violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE (ossia di un aiuto illegale, non notificato o concesso trasgredendo la clausola di *stand still*).

Si tratta di una questione ancillare rispetto alla problematica esaminata nel corso del lavoro, in quanto investe un ambito – il *private enforcement* degli aiuti – che è oggi ancora percepito come secondario e suppletivo. Diversamente dall'evoluzione verificatasi nel parallelo settore della concorrenza, esso non rappresenta la forma prevalente di controllo degli aiuti, che resta ancora fortemente ancorata al controllo *ex ante* accentrato nelle mani della Commissione e della sua ampia discrezionalità³⁵⁰. Tuttavia, è indubbio che lo sviluppo di tale settore dipenda (salvi i limiti connaturati alla materia e, in particolare, la permanenza in capo alla Commissione della competenza esclusiva a valutare la compatibilità o meno di una sovvenzione con il mercato interno) in larga parte anche dalla capacità di successo delle azioni intentate dai ricorrenti privati dinanzi alle giurisdizioni nazionali e che, a tal fine, la conoscenza del fascicolo della Commissione da parte di questi e del giudice nazionale può giocare un ruolo tutt'altro che irrilevante.

Alla luce di ciò, nonché del numero sempre considerevole di aiuti erogati in modo illegale e della tendenza della Commissione ad incoraggiare il *private*

³⁴⁹ Sul *private enforcement* degli aiuti di Stato si v. J. FLYNN, *The Role of National Courts*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004, p. 323 ss.; T. JESTAEDT, J. DERENNE, T. OTTERVANGER, *Study on the enforcement of State aid law at national level*, European Union Publications Office, Bruxelles, 2006; C. SCHEPISI, *Italy*, in P. F. NEMITZ (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures - The Role of National Law and Practice*, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 261 ss.; M. KÖHLER, *Private Enforcement of State Aid Law - Problems of Guaranteeing EU Rights by means of National (Procedural) Law*, in *EStAL*, 2012, p. 369 ss.

³⁵⁰ M. L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement*, cit., spec.p. 393 ss.

enforcement degli aiuti³⁵¹, risulta utile verificare se il giudice nazionale abbia la possibilità, ed in che misura, di conoscere il contenuto del fascicolo in sede di cooperazione con la Commissione nel controllo degli aiuti, e indagare le conseguenze dell'interpretazione restrittiva del diritto di accesso al fascicolo della Commissione sulla possibilità per il ricorrente privato di promuovere con successo azioni in sede nazionale al fine di ottenere tutela dei diritti lesi dall'inosservanza dell'art. 108, par. 3, TFUE da parte dello Stato membro³⁵².

A tale riguardo, occorre premettere in via generale che il *private enforcement* in casi di aiuti illegali importa essenzialmente un problema di qualificazione giuridica, da parte del giudice nazionale, della sovvenzione pubblica (ferma restando la competenza esclusiva della Commissione a valutarne la compatibilità o meno con il mercato interno). In sostanza, il giudice nazionale deve accordare la tutela ai soggetti privati sul solo presupposto che la misura costituisca un aiuto e che ad essa si applichi la clausola di *stand still*, a prescindere dalla compatibilità o meno della stessa con il mercato interno. Si tratta, dunque, di una valutazione più "snella" di quella cui è chiamata la Commissione, con la conseguenza che, nel caso degli aiuti illegali, la sentenza del giudice nazionale potrebbe, per lo meno in linea teorica³⁵³, giungere prima che sia terminato il ben più lungo e complesso procedimento di controllo della Commissione (soprattutto se viene richiesto al giudice nazionale di emanare misure provvisorie). Come noto, *in pendenza* dell'indagine della Commissione su una misura illegittimamente erogata, l'istituzione non può adottare una decisione che ordini il recupero per il solo fatto che esso è illegale³⁵⁴. La Commissione può solo provvedere tramite ingiunzioni di sospendere o recuperare a titolo provvisorio gli aiuti, ma a condizioni molto stringenti (art. 11 reg. (CE) n. 659/1999, trasfuso nell'art. 13 reg. (UE) n.

³⁵¹ Cfr. Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato – Aiuti di stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009 (documento di consultazione) COM(2005) 107; Comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE COM(2012) 209.

³⁵² La norma, come ampiamente noto, è dotata di efficacia diretta: cfr. Corte giust. 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Lorenz*, pt. 8; 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e a.*, pt. 39-40.

³⁵³ Per una posizione critica si v. L. DANIELE, *Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, cit., p. 159 ss. e spec. p. 168.

³⁵⁴ Cfr. Corte giust. 14 febbraio 1990, causa 301/87, *Francia c. Commissione (Boussac)*; 21 marzo 1990, causa 142/87, *Belgio c. Commissione (Tubemeuse)*.

2015/1589)³⁵⁵. Spetta, dunque, al giudice nazionale, secondo il riparto di competenze – alternative, ma complementari – delineato in materia³⁵⁶, assicurare ai privati una tutela preventiva piena e definitiva³⁵⁷ già *prima* della decisione della Commissione, sia tramite misure cautelari, sia tramite strumenti definitivi di tutela. Il soggetto privato leso dall'erogazione dell'aiuto illegale può dunque rivolgersi al giudice nazionale per chiedere, ad esempio, la sospensione del pagamento o il recupero dell'aiuto³⁵⁸ o, ancora, il risarcimento dei danni contro l'autorità che ha erogato l'aiuto o contro il beneficiario o, infine, misure

³⁵⁵ I requisiti giuridici cui è sottoposta l'ingiunzione di sospendere o recuperare a titolo provvisorio gli aiuti erogati illegalmente sono previsti nel par. 2 dell'art. 13 e sono identici a quelli imposti nel previgente art. 11, par. 2, reg. (CE) n. 659/1999. Si tratta dei seguenti criteri: «a) in base a una pratica consolidata non sussistono dubbi circa il carattere di aiuto della misura in questione; b) occorre affrontare una situazione di emergenza; c) esiste un grave rischio di danno consistente e irreparabile ad un concorrente». Presupponendo condizioni particolarmente stringenti, l'applicazione di misure cautelari da parte della Commissione è stata scarsamente utilizzata nella prassi.

³⁵⁶ Alla Commissione spetta la tutela del mercato e la tenuta dell'intero sistema di controllo degli aiuti, mentre ai giudici nazionali è attribuito il ruolo di tutelare i diritti dei singoli.

³⁵⁷ Corte giust. 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e a.*, pt. 40: «i giudici nazionali debbono assicurare agli amministrati che saranno tratte *tutte* le conseguenze di una violazione dell'art. 93, n. 3, ultima frase, del Trattato, conformemente al loro diritto nazionale, sia per quanto concerne la validità degli atti di esecuzione, sia per quanto concerne il recupero degli aiuti finanziari concessi in violazione di tale norma o di eventuali misure provvisorie (v. citata sentenza FNCE, punto 12)» e pt. 67: «va rilevato in primo luogo che il ruolo di un giudice nazionale cui sia stato proposto un ricorso fondato sull'ultima frase dell'art. 93, n. 3, del Trattato è più ampio di quello di un giudice che si pronuncia in via provvisoria. Il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire, con la sentenza definitiva che chiude il caso, una tutela contro gli effetti della messa in atto illegittima di aiuti. In più, la sua pronuncia non può essere rimessa in causa dalla Commissione. Una decisione finale di compatibilità pronunciata da quest'ultima non può, infatti, sanare a posteriori l'irregolarità delle misure di attuazione illegittima di un aiuto».

³⁵⁸ Si tenga presente che la giurisprudenza ha ritenuto appropriato il recupero integrale dell'aiuto illegale, nell'ipotesi in cui il giudice nazionale si pronuncia in assenza di una decisione finale della Commissione. Al contrario, in presenza di una decisione positiva, la Corte ha stabilito la possibilità di richiedere al beneficiario esclusivamente il rimborso degli interessi maturati durante il periodo dell'illegalità: Corte giust. 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication*; 18 dicembre 2008, causa C-384/07, *Wienstrom*; 11 marzo 2010, causa C-1/09, *CELF Ministre de la Culture et de la Communication (CELF II)*, sulle quali si v. F. SPITALERI, *Recenti sviluppi in materia di private enforcement delle norme sugli aiuti di Stato: i casi CELF e Wienstrom*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 463 ss.; S. AMADEO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di recupero degli aiuti illegali*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, cit., p. 201 ss.

provvisorie³⁵⁹. Il giudice nazionale investito della controversia non può sospendere il giudizio dinanzi ad esso pendente in attesa della decisione della Commissione, pena la mancata tutela delle posizioni individuali lese nel periodo dell'illegalità, e deve anticipare il giudizio di qualificazione della misura come aiuto di Stato o meno.

Diverso è il caso in cui, sempre nell'esercizio dei poteri di *private enforcement*, il giudice nazionale sia chiamato a dare esecuzione ad una decisione negativa della Commissione che ordina il recupero dell'aiuto: in tale ipotesi, infatti, sussiste già una valutazione completa e definitiva della misura da parte della Commissione che, avendo concluso per l'incompatibilità della sovvenzione con il mercato interno, ne ha imposto il rimborso. Nelle controversie promosse in sede nazionale per l'annullamento dell'ordine nazionale di recupero o per il risarcimento dei danni cagionati dalla mancata esecuzione della decisione di recupero della Commissione, la validità di tale decisione non può essere rimessa in discussione.

Ne consegue che il ruolo dei giudici nazionali nel caso di aiuti illegali è diverso da quello cui i medesimi sono chiamati ai fini dell'esecuzione di una decisione negativa della Commissione che ordina il recupero: nel primo caso, venendo in rilievo, come detto, essenzialmente un problema di qualificazione giuridica della misura di sostegno erogata, la conoscibilità del fascicolo della Commissione acquista un rilievo preponderante.

Di ciò sembra trarsi indiretta conferma anche guardando ai contenuti della Comunicazione della Commissione del 2009 relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali³⁶⁰. Quest'ultima, nel prevedere che la Commissione, in forza del dovere di leale collaborazione³⁶¹, è tenuta ad assistere i giudici nazionali nell'applicazione del

³⁵⁹ Una disamina di tali rimedi esperibili dai privati dinanzi ai giudici nazionali è contenuta nella Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in *GUUE*, C 85 del 9 aprile 2009, p. 1 ss.

³⁶⁰ Cfr. la nota precedente.

³⁶¹ Per un approfondimento sull'operatività del dovere di leale collaborazione si v.: M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Paris, 1994; C. NIZZO, *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 1997, p. 381 ss.; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998, spec. p. 60; A. LANG, *La leale cooperazione e gli obblighi comunitari*, in F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, Torino, 2011, p. 11 ss. e spec. p. 14, ove l'Autrice osserva che dal principio di leale cooperazione la giurisprudenza ha desunto un obbligo per la Commissione

diritto dell'Unione in materia di aiuti, anche a mezzo della trasmissione delle informazioni rilevanti in suo possesso, indica tra le tipologie di informazioni che possono essere richieste dal giudice nazionale *in primis* quelle «*concernenti un procedimento pendente dinanzi alla Commissione*»³⁶².

E' interessante osservare che la Comunicazione delinea in termini particolarmente ampi e rigorosi il dovere di diligenza gravante sulla Commissione nei confronti dei giudici nazionali, stabilendo che l'istituzione deve impegnarsi «*a mantenersi neutrale e obiettiva*», poiché «*l'assistenza della Commissione ai giudici nazionali rientra nel suo dovere di difendere l'interesse pubblico*»³⁶³ e deve comunicare alle giurisdizioni nazionali *qualsiasi* informazione da esse richiesta, incluse le informazioni protette dall'obbligo del segreto d'ufficio (purché il giudice nazionale dimostri di essere in grado di assicurarne eguale protezione). Ciò nonostante, la Comunicazione contiene una clausola limitativa che conferisce un margine molto ampio di discrezionalità alla Commissione nel decidere *se* procedere alla comunicazione dei dati richiesti. Più precisamente, la Commissione può decidere di non trasmettere al giudice nazionale le informazioni «*per preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o per evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità. Tale caso ricorre quando la trasmissione di informazioni pregiudica l'assolvimento dei compiti affidati alla Commissione (es. informazioni concernenti il processo decisionale interno della Commissione)*»³⁶⁴. Si tratta di una clausola nuova,

di fornire informazioni ai giudici nazionali, laddove questi si trovino ad applicare le disposizioni dei Trattati nel campo della concorrenza e degli aiuti di Stato (cfr. specialmente nota n. 8 e giurisprudenza ivi citata); C. IANNONE, *Commento all'articolo 4, par. 3, TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Milano, 2014, p. 28 ss.

³⁶² Più precisamente, al pt. 83 della Comunicazione si precisa che: «un giudice nazionale può, tra l'altro, chiedere alla Commissione i seguenti tipi di informazioni: a) informazioni concernenti un procedimento pendente dinanzi alla Commissione; tali informazioni possono, tra l'altro, includere informazioni volte a conoscere se un procedimento concernente una particolare misura di aiuto sia pendente dinanzi alla Commissione, se una determinata misura di aiuto sia stata debitamente notificata ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE, se la Commissione abbia avviato un'indagine formale e se la Commissione abbia già adottato una decisione. In assenza di una decisione, il giudice nazionale può chiedere alla Commissione di chiarire quando presumibilmente sarà adottata tale decisione; b) inoltre, i giudici nazionali possono chiedere alla Commissione di trasmettere documenti in suo possesso, tra cui copie di decisioni esistenti della Commissione, qualora non siano già state pubblicate sul sito web della Commissione, dati fattuali, statistiche, studi di mercato e analisi economiche».

³⁶³ Cfr. pt. 80 della Comunicazione citata.

³⁶⁴ *Ibidem*, pt. 88.

introdotta nel 2009 e non presente nella precedente Comunicazione del 1995³⁶⁵. Dal confronto tra i due atti, si osserva che, mentre la Comunicazione del 1995 escludeva la trasmissione di tutte le informazioni di carattere riservato, che ora invece sono trasmissibili, essa non conteneva la clausola limitativa relativa al divieto di trasmissione delle informazioni per motivi attinenti alla salvaguardia degli interessi della Commissione, nonché del funzionamento e dell'indipendenza dell'Unione. Pertanto, se per un verso, con la più recente Comunicazione la cooperazione tra Commissione e giudice nazionale è stata estesa anche alle informazioni riservate (prima escluse), per altro verso, essa viene compressa dall'introduzione di una limitazione ulteriore, che, come si osserverà tra breve, può risultare particolarmente ampia.

Occorre osservare, in via preliminare, che la giurisprudenza ha riconosciuto fin da tempi risalenti la possibilità per la Commissione di derogare all'obbligo di leale collaborazione rifiutando di comunicare la documentazione richiesta dal giudice nazionale, ma ha imposto un correlato onere motivazionale in capo all'istituzione. In sostanza, la Commissione, nel momento in cui nega la trasmissione dei documenti richiesti, è tenuta a giustificare il diniego, che può fondarsi esclusivamente sui motivi imperativi attinenti alla «*necessità di evitare ostacoli al funzionamento e all'indipendenza della Comunità o di salvaguardare i suoi interessi*»³⁶⁶; valutazione che rientra nella sua competenza esclusiva³⁶⁷. Ad esempio, nell'ordinanza *Zwartveld*, la Corte ha ingiunto alla Commissione la trasmissione dei documenti richiesti dal giudice nazionale, poiché l'istituzione «*non ha dimostrato i motivi imperativi che giustificano il rifiuto*»³⁶⁸ e nella sentenza *Adams* ha ritenuto la Commissione responsabile del danno nei confronti del ricorrente per avere omesso di «*fare il possibile per comunicare al ricorrente le informazioni di cui essa disponeva*»³⁶⁹.

Diversamente, la clausola contenuta nella Comunicazione del 2009 è formulata in termini ampi: pur richiamando i motivi imperativi già indicati nella giurisprudenza, essa non fa espresso riferimento all'onere motivazionale incombente sulla Commissione. Sotto questo profilo, è particolarmente evidente

³⁶⁵ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato, in *GUCE*, C 312 del 23 novembre 1995, p. 8 ss.

³⁶⁶ Corte giust. 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, pt. 53; 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e a.*, pt. 50; 26 novembre 2002, causa C-275/00, *First e Franex*, pt. 49.

³⁶⁷ Trib. 18 settembre 1996, causa T-353/94, *Postbank c. Commissione*, pt. 93.

³⁶⁸ Corte giust. ord. 6 dicembre 1990, causa 2/88, *Imm. Zwartveld e a.*, pt. 11.

³⁶⁹ Corte giust. 7 novembre 1985, causa 145/83, *Adams c. Commissione*, pt. 43-44.

l'assonanza con quanto già osservato in relazione alla presunzione generale di riservatezza in materia di aiuti. In effetti, la clausola limitativa contenuta nella Comunicazione del 2009 si presta ad annoverare tra le ipotesi di suo possibile utilizzo anche la tutela degli obiettivi delle attività di indagine³⁷⁰.

In sostanza, la clausola in esame sembra lasciare spazio alla possibilità per la Commissione di "recuperare" la presunzione generale di riservatezza in materia di aiuti, posta a tutela degli obiettivi delle attività di indagine, e di opporla in sede di assistenza al giudice nazionale che si trova ad applicare la normativa europea sugli aiuti. Tenendo a mente quanto già osservato in tema di presunzione generale nel capitolo che precede, sembra difficile ipotizzare che il giudice nazionale possa invocare con successo una violazione del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE. La Commissione, difatti, avrebbe gioco facile nel sostenere l'applicabilità della presunzione generale, in quanto (i) la sua indagine è spesso ancora pendente alla data della richiesta di trasmissione di informazioni da parte del giudice nazionale³⁷¹ e (ii) la divulgazione al giudice nazionale delle informazioni concernenti l'indagine pendente in sede europea potrebbe ledere il clima di fiducia dei negoziati con lo Stato membro, il quale, oltre ad essere parte del procedimento di controllo avviato dalla Commissione, è nella maggior parte dei casi anche il convenuto nel procedimento giurisdizionale nazionale.

Trattandosi di una valutazione rimessa alla competenza esclusiva della Commissione non può peraltro immaginarsi che il bilanciamento delle contrapposte esigenze venga rimesso nelle mani del giudice nazionale³⁷². Tale

³⁷⁰ Similmente A. ADINOLFI, *L'applicazione delle disposizioni sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali: gli strumenti di cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione europea e il loro rapporto con il rinvio pregiudiziale*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, cit., p. 175 e spec. p. 194, ove l'A. commenta la clausola rilevando che «si potrebbe ad esempio prospettare che la trasmissione di determinate informazioni rischi di pregiudicare lo svolgimento di un procedimento di controllo volto ad accertare la compatibilità di un aiuto statale con il mercato comune».

³⁷¹ Come si è ricordato più sopra nel testo, la Commissione può impiegare molto tempo prima di completare la valutazione di compatibilità e, prima dell'esito di questa, spesso interviene la sentenza nel giudizio promosso in sede nazionale.

³⁷² Come recentemente riconosciuto dalla Corte, sebbene in una fattispecie diversa: Corte giust. 4 giugno 2013, causa C-300/11, ZZ, pt. 62 ss. Si v. F. FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, cit., p. 271 ss. e spec. p. 276, ove l'A. afferma che i casi indicati nella clausola limitativa «possono sollevare diversi problemi ermeneutici e applicativi in merito al difficile bilanciamento tra interessi contrapposti».

impostazione sembra peraltro trovare sostegno anche in un recente orientamento del nostro Consiglio di Stato. A fronte di una richiesta di documenti afferenti ad una procedura di infrazione, il giudice amministrativo ritiene che, avendo tale procedimento carattere comunitario e non nazionale, spetti esclusivamente alla Commissione valutare la possibilità di procedere alla divulgazione o meno degli atti richiesti, con la conseguenza che l'accesso deve essere regolato non dalla normativa nazionale, ma dal reg. (CE) n. 1049/2001³⁷³. La soluzione potrebbe risultare trasponibile anche al caso degli aiuti, poiché la richiesta di documenti del giudice nazionale riguarda informazioni facenti parte del fascicolo di un'indagine svolta in sede europea e non nazionale, la quale è distinta dal giudizio nazionale (sebbene ad esso complementare), con la conseguenza che solo la Commissione potrebbe compiere la valutazione circa la sussistenza dei motivi imperativi che ostano alla trasmissione dei documenti.

Si desume da quanto sopra che l'esigenza di conoscibilità del fascicolo della Commissione da parte del giudice potrebbe subire, con un'applicazione estensiva della clausola in esame, una compressione anche significativa, con conseguente pregiudizio all'effettività della funzione di quest'ultimo, specialmente nel caso in cui sia chiamato a garantire la tutela dei singoli lesi dalla concessione prematura dell'aiuto³⁷⁴.

Peraltro, la clausola non può ritenersi superata, a nostro giudizio, dal nuovo regolamento di procedura, che contiene per la prima volta³⁷⁵ una espressa disposizione relativa alla cooperazione tra la Commissione ed i giudici nazionali. Essa, infatti, si limita a prevedere che: «*ai fini dell'applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, e dell'articolo 108 TFUE, i giudici degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri su questioni relative all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*» (art. 29, par. 1). In sostanza, la nuova norma non contiene una compiuta disciplina dei poteri e degli obblighi dei giudici nazionali, con la conseguenza che, per questi profili continua a trovare applicazione, in funzione integrativa, la Comunicazione del 2009

³⁷³ Cons Stato, sez. V, 14 maggio 2012, n. 2747.

³⁷⁴ Si ricordi che resta comunque ferma la possibilità per il giudice nazionale di sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia e che l'assistenza offerta dalla Commissione al giudice nazionale non pregiudica in alcun modo tale possibilità: cfr. pt. 81 Comunicazione del 2009 già cit.

³⁷⁵ Al contrario, il previgente reg. (CE) n. 659/1999 «non cont[eneva] alcuna disposizione relativa ai poteri e agli obblighi dei giudici nazionali»: Corte giust. 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, pt 35.

(sebbene essa non sia vincolante per i giudici nazionali e non ne pregiudichi l'indipendenza³⁷⁶).

Infine, un ultimo rilievo concerne il punto di vista del privato leso dalla concessione illegale dell'aiuto che si rivolge al giudice nazionale per ottenere tutela. In particolare, ove questi intenda proporre un'azione di risarcimento, incontrerà difficoltà nell'assolvimento dell'onere della prova basato sulla giurisprudenza *Francovich*³⁷⁷. Il nodo cruciale riguarda, nello specifico, la prova del nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo di cui all'art. 108, par. 3, TFUE, ed il danno subito, nonché del suo ammontare (comprensivo del danno emergente, del lucro cessante e degli interessi). In sostanza, nel caso di richiesta di risarcimento a fronte di aiuti illegali, il concorrente diretto del beneficiario o il terzo leso³⁷⁸ devono essere in grado di dimostrare che la violazione del Trattato ha causato loro un danno finanziario reale e concreto. Diversamente, nel caso di azione di risarcimento danni promossa per la mancata attuazione della decisione della Commissione che ha ingiunto il recupero dell'aiuto, il ricorrente deve dimostrare che la perdita subita è una conseguenza diretta del recupero tardivo. Ne deriva che, specialmente nell'ipotesi di aiuti illegali, l'onere della prova è più complesso da assolvere, in assenza di una valutazione già espressa della

³⁷⁶ Cfr. pt. 99 della Comunicazione già cit.

³⁷⁷ Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci c. Italia*; 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*. La responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione sussiste alle seguenti condizioni: a) la norma violata è destinata a conferire diritti agli individui; b) la violazione è sufficientemente grave; c) esiste un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo da parte dello Stato ed i danni subiti dalle parti lese. I requisiti sub a) e b) sarebbero sempre integrati, secondo la Comunicazione della Commissione del 2009, giacché l'art. 108, par. 3, TFUE è norma dotata di efficacia diretta ed è quindi preordinata a conferire diritti ai singoli e non lascia margine alcuno di discrezionalità alle autorità nazionali, con la conseguenza che la sua violazione può ritenersi grave e manifesta. Esprime critiche sulla circostanza, affermata nella Comunicazione, secondo cui la concessione di un aiuto illegale andrebbe sempre considerata come una violazione sufficientemente grave. L. DANIELE, *Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea*, cit., p. 171.

³⁷⁸ Sull'azione di risarcimento per violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE, si v. O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, cit.; A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 240 ss.; F. FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, cit., p. 283.; F. BESTAGNO, *L'azione risarcitoria come strumento di private enforcement della disciplina di diritto dell'UE sugli aiuti di Stato*, in *Dir. Comm. Int.*, 2013, p. 623 ss.; A. BIONDI, *Venti anni dopo: Francovich e l'azione di risarcimento dei danni nel settore degli aiuti di Stato alle imprese*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, cit., p. 439 ss.

Commissione nel senso dell'incompatibilità dell'aiuto (e resa di pubblico dominio tramite la pubblicazione in Gazzetta di una decisione che può contenere elementi certi e non meramente dubitativi, utili al ricorrente in sede nazionale)³⁷⁹.

Al riguardo, la Comunicazione del 2009 si limita a prevedere, sulla scorta di quanto riconosciuto nella sentenza *Laboratoires Boiron*³⁸⁰, che «*se l'onere della prova per quanto riguarda un particolare ricorso rende impossibile o eccessivamente difficile al ricorrente la produzione di prove (ad esempio, perché non sono in suo possesso i necessari elementi di prova), il giudice nazionale è tenuto a ricorrere a tutti i mezzi procedurali messi a sua disposizione dal diritto procedurale nazionale per garantire all'interessato l'accesso a dette prove, fra cui quello di ordinare le necessarie misure istruttorie, inclusa, ove sia stabilito dal diritto interno, la produzione di un atto o di un documento ad opera di una delle parti o di un terzo*»³⁸¹. Ciò consente al ricorrente, per esempio, di ottenere l'accesso alla prova dal beneficiario dell'aiuto o dallo Stato membro e, per tale via, di conoscere, in particolare, il *quantum* di aiuto già erogato, necessario a quantificare il danno patito.

Il fascicolo di indagine della Commissione, tuttavia, resta non accessibile al ricorrente. Questa limitazione interferisce con la tutela giurisdizionale effettiva del privato lesa, riconosciuta a livello primario nell'art. 47 Carta³⁸², giacché l'onere della prova si fonda su informazioni di cui lo stesso non può disporre, e riduce le possibilità per il ricorrente di far valere il proprio diritto al risarcimento del danno dinanzi al giudice nazionale. Si tratta di un aspetto criticato dalla dottrina, secondo cui «*disclosing the Commission's file might do much to help a competitor to solve the causation problem and to prove that the unlawful aid has caused loss to it [...]*

³⁷⁹ O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, cit., p. 229; F. FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, cit., p. 281.

³⁸⁰ Corte giust. 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron*, pt. 55 e 57.

³⁸¹ Cfr. pt. 76 della Comunicazione cit. La disciplina dell'accesso alle prove è estremamente scarna se paragonata a quella della concorrenza, ove la ricostruzione fattuale (e non solo la qualificazione giuridica di una data fattispecie) riveste importanza cruciale, evidenziata da un approccio molto spesso di carattere quantitativo (basato, ad esempio, sulle quote di mercato). Cfr. direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

³⁸² Sull'interrelazione tra l'art. 47 e l'art. 41 Carta si v. A. WARD, *Art. 47*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, cit., p. 1199 ss., ove viene evidenziato che l'art. 41 prevede una tutela in parte sovrapponibile a quella dell'art. 47, ma nel più circoscritto contesto delle *procedure amministrative*, con riferimento alle istituzioni, organi e organismi europei.

The Commission could make State aid rules much more effective if it would open State aid files to competitors, since that would help them to overcome the principal obstacles to making claims based on Francovich»³⁸³.

Alla luce di quanto osservato, il diritto di accesso, *rectius* la conoscibilità di informazioni concernenti un procedimento di controllo pendente dinanzi alla Commissione, riveste un ruolo significativo anche nella fase del controllo *ex post* e diffuso degli aiuti di Stato. Esso è strumento centrale del sistema di assistenza della Commissione ai giudici nazionali e può concorrere a determinare la maggior o minor effettività del potere di questi ultimi nelle controversie di *private enforcement*. Per tale motivo è opportuno che la clausola limitativa generale che consente alla Commissione di negare la trasmissione delle informazioni richieste da parte delle giurisdizioni nazionali sia oggetto di interpretazione restrittiva. Al contempo, dal punto di vista del ricorrente privato, in particolar modo nei ricorsi per risarcimento del danno, la conoscibilità del fascicolo della Commissione è funzionale alla tutela giurisdizionale effettiva, aumentando le *chances* di assolvimento dell'onere della prova. Sotto tale profilo, la netta cesura tra procedimento amministrativo svolto in sede europea e procedimento giurisdizionale in sede nazionale può essere particolarmente problematica per il ricorrente privato, che, proprio a causa di tale fenomeno, spesso non è neanche al corrente, prima dell'adozione da parte della Commissione di una decisione di recupero, del fatto che l'aiuto sia stato o meno notificato.

³⁸³ J. T. LANG, *EU State Aid Rules – The Need for Substantive Reform*, in *ESTAL*, 2014, p. 440 ss. e spec. pp. 442-443.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce delle riflessioni svolte, ci sembra di poter concludere nel senso che la disciplina degli aiuti di Stato è rimasta essenzialmente immune alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona in tema di trasparenza e di diritto di accesso, confermando la propria tradizionale impermeabilità all'ingresso di garanzie procedurali in favore delle parti interessate e riguardate dai procedimenti di controllo svolti dalla Commissione. Permane, infatti, nella materia, un saldo ancoraggio alla concezione bilaterale del procedimento tra Commissione e Stato membro, con conseguente esclusione delle altre parti interessate dal diritto al contraddittorio pieno. Concezione che si fonda sulla circostanza che la procedura di indagine viene avviata *non* contro le parti interessate, ma contro lo Stato membro. Le parti non hanno diritto a ricevere l'aiuto; è piuttosto lo Stato membro a decidere se e a quali condizioni concedere una sovvenzione, con la conseguenza che sono gli interessi di quest'ultimo, e non delle parti terze, a venire in gioco una volta avviata la procedura di indagine formale.

La resistenza al cambiamento trova un indubbio, forte sostegno³⁸⁴ non solo in una giurisprudenza ampiamente consolidata, ma anche – e forse soprattutto – nella normativa di livello primario che, all'art. 108 TFUE, delinea un procedimento essenzialmente riservato tra Commissione e Stato membro, dettagliato nelle regole procedurali di livello secondario. Per questo stesso motivo, una vera riforma delle garanzie procedurali, implicando problematiche che attengono all'applicazione di principi di fondo del sistema di controllo degli aiuti, presupporrebbe la necessità di rimettere in discussione l'impianto di diritto primario, non essendo sufficiente un intervento di diritto derivato.

Tuttavia, questa resistenza può apparire oggi meno giustificabile alla luce di una particolare concomitanza di fattori difficilmente replicabile. Quel che si intende dire è che proprio le modifiche introdotte dalla riforma di Lisbona a livello di diritto primario avrebbero potuto fornire un impulso decisivo nel concomitante processo di rinnovamento e "modernizzazione" della disciplina procedurale in materia di aiuti. Tali modifiche, infatti, hanno delineato uno *status*

³⁸⁴ Tale sostegno proviene non solo dalla giurisprudenza: si rammenta, in proposito, la recente decisione del Mediatore europeo, del 23 settembre 2016, sul caso 1179/2014/LP, già cit. nella precedente nota 340, con la quale viene escluso che il mancato coinvolgimento pieno delle parti interessate alla procedura in materia di aiuti e l'assenza di diritto di accesso al fascicolo di indagine della Commissione costituiscano un'ipotesi di cattiva amministrazione.

rafforzato per il diritto di accesso in relazione al quale sono stati posti, in capo alle istituzioni, obblighi rafforzati di valenza *trasversale* per tutti i settori dell'ordinamento dell'Unione e, dunque, anche per la disciplina sugli aiuti. In altri termini, il Trattato di Lisbona avrebbe potuto fornire l'occasione per rispondere alle istanze garantiste da più parti sollevate in dottrina per colmare il *deficit* di tutela in materia, anche alla luce del rinnovato contesto valoriale scaturente dalla riforma, proteso alla promozione dei diritti fondamentali (tramite l'acquisizione da parte della Carta di valore giuridico vincolante) ed alla valorizzazione dei principi di trasparenza, apertura e buona amministrazione.

Ciò nonostante, il legislatore europeo sembra rimasto essenzialmente insensibile al mutato quadro di diritto primario, avendo riprodotto nel nuovo art. 24 del reg. (CE) n. 2015/1589 il contenuto del previgente art. 20 del reg. (CE) n. 659/1999 senza alcuna significativa miglioria dal punto di vista delle parti interessate. Lo stesso può dirsi della giurisprudenza che si è pronunciata a seguito della riforma di Lisbona in materia di accesso al fascicolo nelle procedure di controllo degli aiuti (caso *Sea Handling*), la quale ha confermato, ed anzi ha ulteriormente ampliato il campo di applicazione di un approccio restrittivo che riduce considerevolmente l'effettività del diritto di accesso nella materia *de qua*.

Potremmo dire che tale diritto, nell'interpretazione che ne viene data in giurisprudenza, essenzialmente degrada da diritto fondamentale ad onere supplementare del richiedente accesso (in forza del "gioco" dell'inversione dell'onere della prova in capo al soggetto che presenta la domanda di accesso). Esso appare, dunque, ben lungi da un apparentamento effettivo con il diritto riconosciuto nella Carta, sebbene quest'ultima preveda espressamente il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo «*che la riguarda*», e non al fascicolo del procedimento avviato nei suoi confronti, prestandosi la prima formulazione ad una interpretazione potenzialmente più ampia³⁸⁵. A questo proposito, la giurisprudenza ha, invece, circoscritto l'effettività della Carta nella materia degli aiuti, affermando che essa «*n'a pas pour objet de modifier la nature du contrôle des*

³⁸⁵ Similmente nella versione francese della norma, che recita: «le droit d'accès de toute personne au dossier *qui la concerne*», in quella tedesca: «das Recht jeder Person auf Zugang *zu den sie betreffenden Akten*» ed in quella spagnola: «el derecho de toda persona a acceder al expediente *que le concierne*». Una accezione più restrittiva sembrerebbe invece cogliersi nella versione inglese: «the right of every person to have access to *his or her file*».

aides d'État mis en place par le traité ou de conférer à des tiers un droit de regard que l'article 108 TFUE ne prévoit»³⁸⁶.

La concezione bilaterale del procedimento in materia di aiuti favorisce il permanere di soluzioni non del tutto coerenti alla luce dell'ordinamento complessivamente inteso. Sotto questo profilo, la presunzione generale di riservatezza dei documenti facenti parte del fascicolo istruttorio, che è desunta proprio dalla concezione binaria del procedimento in materia di aiuti, si risolve in una sensibile limitazione all'esercizio del diritto di accesso, introducendo un limite ulteriore ed esterno rispetto alle deroghe al diritto fondamentale già previste dal reg. (CE) n. 1049/2001 e determinando un'inversione dell'onere della prova estremamente gravosa per il richiedente accesso. La presunzione svuota di effettività le previsioni del reg. (CE) n. 1049/2001, senza garantire una coerente attuazione delle due discipline (quella settoriale sugli aiuti e quella generale sull'accesso), giacché l'ambito di operatività del reg. (CE) n. 1049/2001, dal punto di vista del richiedente accesso al fascicolo istruttorio di un procedimento di controllo in materia di aiuti, ha una rilevanza pratica fortemente ridotta. In altre parole, pur senza configurare espressamente un criterio di specialità, in forza del quale sia data prevalenza alla regola di settore (disciplina sugli aiuti) a scapito della regola generale (reg. (CE) n. 1049/2001), tramite il ricorso alla presunzione generale si consegue in via pretoria un risultato pratico molto simile a quello perseguito dalla Commissione con la proposta del 2008 di revisione del regolamento generale in materia di accesso, ove era stata sostenuta l'inapplicabilità del reg. (CE) n. 1049/2001 in presenza di regole di settore; soluzione a suo tempo da più parti criticata.

Infine, come si è visto, l'interpretazione restrittiva del diritto di accesso determina conseguenze anche nella fase di applicazione nazionale della normativa sugli aiuti, riducendo le *chances* per i ricorrenti privati di intentare con successo azioni dinanzi ai giudici nazionali, soprattutto al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE, con pregiudizio alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 47 Carta), e creando un possibile ostacolo alla cooperazione tra giudice nazionale e Commissione sotto il profilo della trasmissione di informazioni rilevanti.

Se ne desume che il legislatore ha ritenuto di non cogliere un'occasione di adeguamento della normativa in materia di aiuti che appare difficilmente

³⁸⁶ Trib. 9 dicembre 2014, causa T-140/13, *Netherlands Maritime Technology Association c. Commissione*, pt. 60.

prospettabile in un futuro prossimo, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale restrittivo e del nuovo quadro procedurale di cui al reg. (CE) n. 2015/1589, sebbene numerose istanze di maggior trasparenza siano state sollevate sia dalla dottrina, sia dagli avvocati generali in questo, così come in settori affini³⁸⁷.

Volgendo lo sguardo proprio agli altri settori del diritto dell'Unione e, in particolare, alla materia della concorrenza, si deve evidenziare l'impossibilità di fare riferimento ad una nozione unitaria del diritto di accesso in materia economica, dovendosi al contrario concludere per la sussistenza di una nozione frammentaria, la cui portata dipende volta per volta dalle differenti normative di settore e dalle diverse garanzie offerte agli attori privati del sistema. Si osserva, tuttavia, una certa commistione di soluzioni che, lungi dal favorire l'individuazione di una nozione unitaria del diritto di accesso, determina la diffusione nella materia degli aiuti di Stato di soluzioni tratte dal settore *antitrust*, con l'effetto di ampliare, anziché di delimitare, l'interpretazione restrittiva del diritto di accesso, senza tener conto dello specifico contesto normativo e di prassi (già fortemente penalizzante per le parti interessate) proprio della materia degli aiuti e sensibilmente diverso, sotto questo profilo, dalla disciplina *antitrust*.

Questa frammentazione risulta agevolata dall'assenza di una disciplina realmente unitaria del procedimento amministrativo europeo, che fissi i requisiti essenziali che devono essere assicurati ogniqualvolta venga esercitato il potere esecutivo, in termini di garanzie partecipative e procedurali per le parti, a prescindere dal tipo di materia e dal tipo di interesse perseguito dall'Unione³⁸⁸. Ne consegue la possibilità per il legislatore di strutturare i procedimenti con ampio margine di discrezionalità, con la conseguente coesistenza nell'ordinamento dell'Unione tanto di procedimenti garantisti per i singoli in taluni settori, quanto di procedimenti molto meno garantisti per gli stessi in talaltri settori (oltre al caso degli aiuti, si rammentano le procedure per infrazione nella fase precontenziosa).

³⁸⁷ Si vedano, da ultimo, le recentissime conclusioni dell'avvocato generale Bobek, nella causa C-213/15 P, *Commissione c. Breyer*, ove si raccomanda alla Corte di considerare l'impugnazione «come un'opportunità per rivedere i propri meccanismi istituzionali sull'accesso ad alcuni dei documenti relativi alla sua attività giurisdizionale» (pt. 32).

³⁸⁸ Si v. le osservazioni di G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, cit., p. 26.

NOTA BIBLIOGRAFICA

- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014.
- ADAMSKI D., *How wide is "the widest possible"? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited*, in *CMLRev*, 2009, p. 521.
- ADAMSKI D., *Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the European Courts*, in *CMLRev*, 2012, p. 521.
- ADINOLFI A., *L'applicazione delle disposizioni sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali: gli strumenti di cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione europea e il loro rapporto con il rinvio pregiudiziale*, in SCHEPISI C. (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Napoli, 2011, p. 175.
- ADINOLFI A., *La «politica comune dell'immigrazione» a cinque anni dal Trattato di Lisbona: linee di sviluppo e questioni aperte*, in AMADEO S., SPITALERI F. (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 3.
- ALEMANNO A., *À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts «Schmidberger» et «Omega»*, in *Rev. droit Un. eur.*, 2004, p. 709.
- ALEMANNO A., *Le principe d'ouverture en droit européen: d'un instrument de lutte contre l'opacité institutionnelle à un outil de démocratie participative*, in *Rev. droit Un. eur.*, 2012, p. 627.
- AMADEO S., *La posizione del singolo controinteressato dinanzi alla Commissione nell'applicazione delle regole di concorrenza*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, p. 405.
- AMADEO S., *Il giudice nazionale e l'obbligo di recupero degli aiuti illegali*, in SCHEPISI C. (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Napoli, 2011, p. 201.
- AMALFITANO C., *L'accesso ai documenti in possesso della Corte di giustizia nell'esercizio delle sue funzioni amministrative*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 771.
- AMALFITANO C., CONDINANZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015.
- AMALFITANO C., *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2016, p. 21.

- ARMSTRONG K. A., *Citizenship of the Union? Lessons from Carvel and The Guardian*, in *Modern Law Rev.*, 1996, p. 582.
- ARNULL A., *Joined Cases C-39/05 P & C-52/05 P, Sweden and Turco v. Council, judgment of the Grand Chamber of 1 July 2008*, in *CMLRev*, 2009, p. 1219.
- AUBERT M., BROUSSY E., DONNAT F., *Chronique de jurisprudence de la CJUE. Aide d'Etat. Accès au dossier d'enquête*, in *AJDA*, 2010, p. 1585.
- BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 21.
- BARAV A., *Opacité et transparence ou le droit d'empêcher: la jurisprudence en matière d'accès aux documents provenant des Etats membres détenus par les institutions communautaires*, in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 29.
- BARENDT E. M., *Fundamental Freedoms*, in KORTHALS ALTES W., DOMMERING E., HUGENHOLTZ B., KABEL J. J. C. (eds.), *Information Law towards the 21st century*, Deventer/Boston, 1992, p. 13.
- BARIATTI S., *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998.
- BARTELT S., *Case T-2/03, Verein für Konsumenteninformation v. Commission*, in *CMLRev*, 2006, p. 191.
- BARUFFI M. C., *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano 2001.
- BASTIANON S., *L'accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, p. 111.
- BELAICH F., *Les obligations de la Commission en matière de transparence: à propos de l'arrêt WWF UK (Word Wide Fund for Nature) contre Commission des Communautés européennes*, in *Rev. Marché Commun Un. eur.*, 1998, p. 710.
- BELOTTI G., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario della concorrenza – Della tutela dei terzi*, in *Dir. comm. scambi int.*, 1995, p. 469.
- BESTAGNO F., *L'azione risarcitoria come strumento di private enforcement della disciplina di diritto dell'UE sugli aiuti di Stato*, in *Dir. Comm. Int.*, 2013, p. 623.
- BIAGIONI G., GOBBATO S., *Art. 27*, in ADINOLFI A., DANIELE L., NASCIMBENE B., AMADEO S. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, p. 334.

- BIAGIONI G., *Le novità della Commissione in materia di miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e controllo sugli aiuti di Stato*, in SCHEPISI C. (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, p. 79.
- BIANCARELLI J., ROBERT N., *Le principe de transparence en droit communautaire. Au carrefour des droits: mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, 2002, p. 493.
- BIAVATI P. (con presentazione di F. CARPI), *Diritto processuale dell'Unione europea*, 4° ed., Milano, 2009.
- BIFULCO R., *Commento all'art. 41*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 284.
- BIFULCO R., *Commento all'art. 42*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 293.
- BIGNAMI F., *Three Generations of Participation Rights Before the European Commission, in Law and Contemporary Problems*, 2004, vol. 68, n. 1, p. 61.
- BIONDI A., *Venti anni dopo: Francovich e l'azione di risarcimento dei danni nel settore degli aiuti di Stato alle imprese*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, p. 439.
- BIRKINSHAW P., *Transparency and Access to Documents*, in BIRKINSHAW P., VARNEY M. (eds.), *The EU Legal Order After Lisbon*, The Netherlands, 2010, p. 229.
- BJURULF B., ELGSTROM O., *Negotiating Transparency: The Role of Institutions*, in JCMS, 2004, p. 249.
- BLANCHET T., *Transparence et qualité de la législation*, in *Rev. trim. droit eur.*, fasc. 33 (4), 1997, p. 915.
- BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Paris, 1994.
- BOMBOIS T., *Arrêt A.P.I.: Droit d'accès aux mémoires de la Commission et protection des procédures juridictionnelles*, in *Journal Trib. Droit eur.*, 2011, n. 175, p. 7.
- BOTTINO M., *Il diritto di accesso agli atti di causa. Il Caso API*, in *St. int. eur.*, 2011, p. 303.

- BOTTINO M., *Memorie di causa: secondo il Tribunale dell'Unione, pur partecipando della funzione giurisdizionale della Corte, non sono sottratte al diritto di accesso, disponibile sulla rivista on line Eurojus.it*, 2015.
- BRISARD S., *Le droit d'accès du public aux documents non publiés des institutions communautaires*, in *Rev. Marché Commun Un. eur.*, n. 505, 2007, p. 127.
- BROBERG M. P., *Access to Documents: A General Principle of Community Law?*, in *Eur. Law Rev.*, vol. 27, 2002, p. 194.
- BROUWER O., BLOCKX J., *Access to Documents Relating to EU Competition and State Aid Cases pursuant to Regulation 1049/2001. Towards a Rebuttable Presumption as a "Fig Leaf" for Intransparency?*, in BAUMÉ T., OUDE ELFERINK E., PHOA P., THIIVILLE D. (eds.), *Today's Multilayered Legal order: Current Issues and Perspectives, Liber Amicorum in Honour of Arjen W. H. Meij*, Zutphen, 2011, p. 39.
- CABRAL P., *Access to Member State documents in EC law*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, p. 378.
- CAMPBELL K., *Access to European Community Official Information*, in *Int'l & Comp. L. Q.*, 1997, p. 174.
- CAPUTI JAMBRENGHI M. T. P., *Lineamenti sul diritto di accesso ai documenti amministrativi nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 705.
- CARANTA R., *Il diritto di accesso alle informazioni nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 870.
- CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.
- CHEROT J.-Y., *Le juge judiciaire et l'article 93, paragraphe 3, du traité de Rome. Vers un progrès notable des droits des concurrents des bénéficiaires d'aides publiques*, in *AJDA*, 1998, p. 467. É
- CHEROT J.-Y., *Le Tribunal prend parti pour la première fois sur le droit d'accès aux documents dans la procédure de contrôle des aides d'États*, in *Rev. Concurrences*, 2007, n. 1, p. 125.
- CHITI E., *Il diritto di accesso ai documenti nel caso The Guardian*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 362.
- CHITI E., *Further Developments of Access to Community Information: Kingdom of the Netherlands c. Council of the European Union*, in *Eur. Public Law*, 1996, p. 563.

- CHITI E., *Annotation to WWF UK (World Wide Fund for Nature) v. EC Commission*, in *CMLRev*, 1998, p. 189.
- CIRIELLI P., *Le eccezioni del diritto di accesso e il carico di lavoro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 39.
- CONDINANZI M., MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009.
- CONDINANZI M., *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in D'ANDREA L., MOSCHELLA G., RUGGERI A., SAITTA A. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 71
- CONTE G., *Commento art. 255 TCE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1198.
- CONTE G., *Portata e limiti del diritto di accesso ai documenti nell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 293.
- CONTE G., *Commento all'art. 15 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Milano, 2014, p. 430.
- COUDRAY L., *La transparence et l'accès aux documents*, AUBY J.-B., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (sous la direction de), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 519.
- CRAIG P., *Article 41*, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1069 ss.
- CURTIN D. M., MEIJERS H., *Access to European Union Information: an Element of Citizenship and a Neglected Constitutional Right*, in NEUWAHL N. A., ROSAS A. (eds.), *The European Union and Human rights*, The Hague, 1995, p. 77.
- CURTIN D. M., MEIJERS H., *The Principle of Open Government in Schengen and the European Union: Democratic Retrogression?*, in *CMLRev*, 1995, p. 391.
- CURTIN D. M., *Betwixt and Between: Democracy and Transparency in the Governance of the European Union*, in KELLERMANN A. E., DE WITTE B., CURTIN D. M., WINTER J. A. (eds.), *Reforming the Treaty on European Union. The Legal Debate*, The Hague, 1996, p. 95.
- CURTIN D. M., *Citizens' fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?* in *CMLRev*, 2000, p. 7.
- CURTIN D.M., *Privacy of EU government data*, in *Ars aequi*, 2011, p. 227.

- CURTIN D. M., MENDES J., *Article 42*, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1099.
- DANIELE L., *La protezione dei Diritti Fondamentali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona: quadro d'insieme*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 645.
- DANIELE L., *Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea*, in SCHEPISI C. (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Napoli, 2011, p. 159.
- DAVIS R. W., *Public access to Community documents: a fundamental human right?*, in *EIOP*, 1999, vol. III, n. 8, p. 1.
- DE BELLIS S., *L'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, p. 803.
- DE BURE F., PINÇON J.-B., *La réhabilitation du secret en contrôle des concentrations: quelles conséquences pour le droit de la concurrence?*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2013, n. 34, p. 9.
- DE BURE F., PINÇON J.-B., *Accès au dossier de contrôle des concentrations: le Tribunal de l'Union européenne fait marche arrière*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2014, n. 38, p. 19.
- DECKMYN V. (ed.), *Increasing Transparency in the European Union*, Maastricht, 2002.
- DE LEEUW M. E., *The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?*, in *Eur. Law Rev.*, 2003, p. 324.
- DE LEEUW M. E., *Case C-41/00 P, Interporc Im- und Export GmbH v. Commission of the European Communities, judgment of 6 March 2003, [2003] ECR I-02125; Case T-76/02, Mara Messina v. Commission of the European Communities, judgment of 17 September 2003, nyr; Case T-47/01, Co-Frutta Soc. Coop. Rl v. Commission of the European Communities, judgment of 16 October 2003, nyr*, in *CMLRev*, 2004, p. 261.
- DERO-BUGNY D., *Accès aux documents des institutions*, in *Journal dr. int.*, 2011, p. 494.
- DIAMANDOUROS N., *Openness and Access to Documents*, in *EStAL*, 2008, p. 654.
- DIETZEL K., SCHONBERG M., *Protecting merger files - Public access to the EC's merger files has just got harder*, in *Competition Law Insight*, 2012, vol. 11, p. 15.

- DI FEDERICO G., *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, 2008.
- DI FEDERICO G. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrech, Heidelberg, London, New York, 2011.
- DIRRIG E., *Droit institutionnel. "VKI c. Commission ('club Lombard')"*, in *Rev. droit Un. eur.*, 2005, p. 201.
- DI STASI A., *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea con particolare riferimento alla Carta*, in DI STASI A. (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Lavis, 2014, p. 45.
- DRIESEN B., *Public and Privileged Access: a Case of Judicial Legislation. Comment on T-494/08 to T-500/08 and T-509/08*, in *EStAL*, 2011, p. 387.
- DRIESEN B., *Transparency in EU Institutional Law. A Practitioners Handbook*, 2° ed., London, 2012.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding, but Influential: the Example of Good Administration*, in ARNULL A., EECKHOUT P., TRIDIMAS T. (eds.), *Continuity and Change in EU Law. Essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 157.
- DYRBERG P., *Current Issues in the Debate in Public Access to Documents*, in *Eur. Law Rev.*, 1999 p. 157.
- FAVREAU B., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pourquoi? Comment?*, in FAVREAU B. (sous la direction de), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2010, p. 3.
- FERRARI BRAVO L., DI MAJO F. M., RIZZO A., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001, p. 162.
- FERRARO F., *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in SCHEPISI C. (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, p. 271.
- FILPO F., *The Commission 2009 Procedural Reform from a Private Party Perspective: Two Steps Forward, One Step Back?*, in *EStAL*, 2010, p. 8.

- FLYNN J., *The Role of National Courts*, in BIONDI A., EECKHOUT P., FLYNN J. (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004, p. 323.
- FRANCHINI C., *Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 823.
- FUMAGALLI L., *Commento art. 1 TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Milano, 2014, p. 7.
- GALETTA D.-U., *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 133.
- GAMBARO E., MAZZOCCHI F., *Private Parties and State Aid Procedures: a critical analysis of the changes brought by regulation 734/2013*, in *CMLRev*, 2016, p. 385.
- GATTINARA G., *La tutela giurisdizionale contro le decisioni in materia di aiuti di Stato della Commissione (Diritto UE)*, in PACE L. F., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.
- GAROFOLI R., *I profili comunitari del diritto di accesso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1285.
- GODDIN G., *The Ryanair Judgment on Transparency: A First Step towards Reconciling the Case Law of the General Court and the Court of Justice*, in *Journal Eur. Comp. Law & Practice*, 2011, p. 235.
- GROPPI T., *Commento all'art. 52*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 351.
- GUDMUNDSDÓTTIR D., *A Renewed Emphasis on the Charter's Distinction Between Rights and Principles: Is a Doctrine of Judicial Restraint More Appropriate?*, in *CMLRev*, 2015, p. 685.
- GYSELEN L., *La transparence en matière d'aides d'Etat: les droits des tiers*, in *CDE*, 1993, p. 417.
- HANKIN R., *Access to Documents – Some Thoughts from a State Aid Perspective*, in *EStAL*, 2008, p. 507.
- HARDEN I., *Citizenship and Information*, in *Eur. Public Law*, 2001, p. 165.
- HARDEN I., *The Revision of Regulation 1049/2001 on Public Access to Documents*, in *Eur. Public Law*, 2009, p. 239.

- HARLOW C., *Transparency in the European Union: Weighing the Public and Private Interest*, in WOUTERS J., VERHEY L., KIIVER PH. (eds.), *European Constitutionalism beyond Lisbon*, Antwerp, 2009, p. 209.
- HELISKOSKI J., LEINO P., *Darkness at the break of noon: the case law on Regulation No. 1049/2001 on access to documents*, in *CMLRev*, 2006, p. 735.
- HILSON C., *What's in a right? The relationship between Community, fundamental and citizenship rights in EU law*, in *Eur. Law Rev.*, 2004, p. 636.
- HOFMANN H. C. H., MIHAESCU B. C., *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2013, p. 73.
- IANNONE C., *Commento all'articolo 4, par. 3, TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Milano, 2014, p. 28.
- IANNUCELLI P., *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia, tra dialogo con gli ordinamenti nazionali e tutela dei diritti della difesa*, in FRIGESSI DI RATTALMA M., DE CESARI P. (a cura di), *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato nell'Unione europea: problemi sostanziali e equo processo. Convegno Interinale SIDI, 10 febbraio 2012, Napoli*, 2013, p. 83.
- IDOT L., *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in RIDEAU J. (sous la direction de), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique*, Paris, 1999, p. 121
- IDOT L., *Le règlement n° 1049/2001 doit-il s'appliquer aux «procédures concurrence»? À propos des affaires Technische Glaswerke Ilmenau, Odile Jacob et Agrofert*, in *Europe*, 2010, n. 10, p. 5.
- IGLESIAS SANCHEZ S., *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *CMLRev*, 2012, p. 1565 ss.
- IZZO S., *Segretezza dei documenti e diritto comunitario*, in *Dir. comm. scambi int.*, 1997, p. 407.
- JACQUÉ J.-P., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 55.
- JACQUÉ J.-P., *The explanations relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1715.

- JAEGER T., *The Inquisition Retakes Brussels (Via the New Procedural Regulation)*, in *EStAL*, 2013, p. 441.
- JESTAEDT T., DERENNE J., OTTERVANGER T., *Study on the enforcement of State aid law at national level*, European Union Publications Office, Bruxelles, 2006.
- KABEL J. J. C., *Public and Private Relationships: Introduction*, in KORTHALS ALTES W., DOMMERING E., HUGENHOLTZ B., KABEL J. J. C. (eds.), *Information Law towards the 21st century*, Deventer/Boston, 1992, p. 164.
- KADDOUS C., *Droits de l'homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?*, in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden: promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, p. 563.
- KAUFF-GAZIN F., *Accès aux documents du Conseil*, in *Europe*, 2008, n. 298, p. 14.
- KAUFF-GAZIN F., *Accès aux documents*, in *Europe*, 2011, n. 7, p. 10.
- KILPATRICK B., HOLDEN L., *Transparency Clarified: API v Commission*, in *Journal Eur. Comp. Law & Practice*, 2011, vol. 2, p. 40.
- KNIGHT C. J. S., *I Can See Clearly Now: Transparency in the European Union*, in *L. Q. Rev.*, 2009, p. 54.
- KÖHLER M., *Private Enforcement of State Aid Law - Problems of Guaranteeing EU Rights by means of National (Procedural) Law*, in *EStAL*, 2012, p. 369.
- KRANENBORG H. R., VOERMANS W., *Access to information in the European Union: A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Groningen, 2005.
- KRANENBORG H. R., *Is it Time to Revise the European Regulation on Public Access to Documents?*, in *Eur. Public Law*, 2006, p. 251.
- LACCHI C., ÖSTLUND A., *General Presumptions of Non-disclosure of Leniency Documents: a New Approach to the Interaction between Public and Private Enforcement of Antitrust Law?*, in *Eur. Law Rep.*, 2014, p. 56.
- LACRESSE A., *Protection des objectifs d'enquête et des intérêts commerciaux: La Cour de justice consacre le caractère confidentiel des documents échangés entre la Commission et les parties ou les tiers dans le cadre des procédure de concurrence*, in *Rev. Concurrences*, 2012, n. 4, p. 143.
- LAFAY F., *L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1997, p. 37.

- LANG A., *La leale cooperazione e gli obblighi comunitari*, in PREITE F., GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE A. (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, Torino, 2011, p. 11.
- LANG J. T., *EU State Aid Rules – The Need for Substantive Reform*, in *EStAL*, 2014, p. 440.
- LAPRÉVOTE F.-C., *A Missed Opportunity? State aid Modernization and Effective Third Parties Rights in State aid Proceedings*, in *EStAL*, 2014, p. 426.
- LAVEDAN M., *Nouveau recul de la transparence dans le cadre de l'accès aux documents des institutions*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2011, n. 26, p. 85.
- LAYEK C., *Il diritto di accesso ai documenti delle Istituzioni europee*, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2008, n. 4, sez. II, p. 68.
- LEBRUN B., BERSOU L., *Commission v EnBW Energie: Non-Disclosure of Leniency Documents*, in *Journal Eur. Comp. Law & Practice*, 2014, p. 462.
- LEINO P., *Case annotation of Case C-353/99 Council v. Heidi Hautala*, in *CMLRev*, 2002, p. 621.
- LEINO P., *Just a little sunshine in the rain: the 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents*, in *CMLRev*, 2011, p. 1215 ss.
- LEINO P., *Minding the gap in European administrative law: on lacunae, fragmentation and the prospect of a brighter future*, in www.europarl.europa.eu/studies, 2011.
- LENAERTS K., VANHAMME J., *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *CMLRev*, 1997, p. 531.
- LENAERTS K., DE SMIJTER E., *A "Bill of Rights" for the European Union*, in *CMLRev*, 2001, p. 273.
- LENAERTS K., *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2012, p. 375.
- LEVITT M., *Access to the file: the Commission's administrative procedure in cases under Articles 85 and 86*, in *CMLRev*, 1997, p. 1413.
- LIMBERTI L., *La natura giuridica del diritto d'accesso resta "sospesa" tra principio democratico e poteri di autoorganizzazione delle istituzioni comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 1230.
- LYNSKEY O., *Data protection and freedom of information: Reconciling the irreconcilable?*, in *CLJ*, 2011, vol. 70, p. 37.

- MAES M., *L'accès du public aux documents des Institutions de la Communauté européenne: vers une révision du règlement (CE) 1049/2001*, in *Rev. droit Un. eur.*, 2007, p. 411.
- MANDRESCU D., *Access to Leniency Programme Documents Based on the Transparency Regulation: The European Commission v. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, in *Leg. Issues Economic Integration*, 2015, p. 301.
- MANZINI P., *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in ROSSI L. S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 127.
- MARCIANO A., *Transparence et droit d'accès aux documents vs efficacité du processus décisionnel des institutions: la Cour confirme l'arrêt du Tribunal annulant la décision du Conseil refusant de donner accès à l'identité des délégations ayant présenté des amendements à la proposition de nouveau règlement en matière d'accès aux documents*, in *Juris News*, 2013, p. 13.
- MASTROIANNI R., *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 359.
- MAUBERNARD C., *Transparence, procès équitable et union de droit*, in *Rev. Un. Eur.*, 2011, p. 498.
- MEISSE E., *Accès aux documents de la Commission*, in *Europe*, 2007, n. 48, p. 15.
- MENDES J., *Participation and the role of law after Lisbon: a legal view on Article 11 TEU*, in *CMLRev*, 2011, p. 1849.
- MENGOZZI P., *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *St. int. eur.*, 2015, p. 23.
- MEROLA M., *Legal position of third parties in the procedure governing matters of State aids*, in *European Association of Lawyers, European Competition Law: a new role for Member States*, Bruxelles, 2001, p. 255.
- MEYRING B., BAETEN N., *Le droit de la concurrence et la transparence: une quadrature du cercle?*, in *Journal dr. eur.*, 2012, n. 194, p. 94.
- MIGLIAZZA M., *Il diritto all'informazione nell'Unione europea*, Milano, 2002.
- MOLASCHI V., *Diritto di accesso: il Tribunale stabilisce la portata delle deroghe e i limiti di applicabilità della regola dell'autore (nota a Tribunale di primo grado delle Comunità europee, IV sez., sent. 12 ottobre 2000, causa T-123/99, JT's Corporation Ltd c. Commissione delle Comunità europee)*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2001, p. 340.

- MONET H., GHERGHINARU R., *L'accès du public aux documents des institutions européennes*, in *Journal dr. eur.*, 2013, p. 254.
- MONTALDO O., MEDINA PALOMINO P., *Aides d'Etat et moyens de défense des entreprises*, in *Rev. Marché Unique eur.*, 1991, fasc. 4, p. 11.
- MORGESE G., *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*, in TRIGGIANI E., *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 37.
- MORI P., *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea. Il diritto primario*, Torino, 2010.
- MORI P., *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, p. 243.
- MORVIDUCCI C., *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 665.
- MUGUET-POULLENNEC G., *Transparence et aides d'État: comment mettre en œuvre le droit général d'accès aux documents?*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2007, n. 11, p. 62.
- MUGUET-POULLENNEC G., *Vers la fin de la transparence dans les procédures administratives?*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2010, n. 25, p. 51.
- MUGUET-POULLENNEC G., *Aides d'État et accès aux documents: les premières suites de l'arrêt TGI*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2011, p. 82.
- MUGUET-POULLENNEC G., *Le «secret de la concurrence» en matière de concentrations: du principe général d'accès aux documents au refus global de communication*, in *Rev. Lamy Concurrence*, 2012, n. 33, p. 42.
- MUÑOZ DE JUAN M., PANERO RIVAS J. M., *The ECJ's Blacklash on Access to Documents in the Commission's File on State Aid Cases by Private Parties*, in *EStAL*, 2010, p. 871.
- MUSILLO C., *Il diritto di accesso ai documenti nel caso Interporc*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1348.
- NAÔMÉ C., *The Case-Law of the Court of Justice and of the Court of First Instance of the European Communities on Transparency: From Carvel to Hautala II (1995-2001)*, in DECKMYN V. (ed.), *Increasing Transparency in the European Union*, Maastricht, 2002, p. 147.
- NASCIMBENE B., *Equo processo e diritti della difesa nel procedimento antitrust avanti alla Commissione: necessità di una riforma?*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, p. 63.

- NEHL H. P., *The Imperfect Procedural Status of Beneficiaries of Aid in EC State Aid Proceedings*, in *EStAL*, 2006, p. 57.
- NEHL H. P., *2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to Exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection*, in *EStAL*, 2014, p. 235.
- NICOLAEDIS P., KEKELEKIS M., KLESI M., *State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice*, 2° ed., Alphen aan den Rijn, 2008.
- NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 1997, p. 381.
- ÖBERG U., *Public Access to Documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: Much Ado About Nothing?*, in *EIOP*, 1998, vol. II, n. 8, p. 1.
- ÖBERG U., *EU Citizens' Right to Know: The Improbable Adoption of a European Freedom of Information Act*, in *CYELS*, vol. 2, 1999, p. 303.
- ODDENINO A., *Osservazioni in tema di effettività dell'accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2000, p. 1653.
- O'NEILL M., *The right of access to Community-held documentation as a general principle of EC law*, in *Eur. Public Law*, 1998, p. 403.
- OSTERDAHL I., *Case T-124/96, Interporc Im- und Export GmbH v. Commission, Judgment of 6 February 1998, [1998] ECR II-0231; Case T-83/96, Gerard van der Wal v. Commission, Judgment of 19 March 1998, [1998] ECR II-0545; Case T-174/95, Svenska Journalistförbundet v. Council of the European Union, Judgment of 17 June 1998, [1998] ECR II-2289*, in *CMLRev*, 1998, p. 1033.
- OSTERDAHL I., *Openness v. Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union*, in *Eur. Law Rev.*, 1998, p. 336.
- PALLARO P., *Il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea, tra novità giurisprudenziali e proposte legislative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1313.
- PALLARO P., *Diritto di accesso ai documenti pubblici e protezione di informazioni riservate nel diritto comunitario*, in *Dir. comm. scambi int.*, 2001, p. 435.
- PANEBIANCO M. (dir.), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001.
- PEDRAZZI M., *Commento art. 1 TUE*, in POCAR F. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 6.

- PEERS S., *The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*, in *Yearbook Eur. Law*, 2002, p. 385.
- PEERS S., *Proposal on Access to Documents: Article-by-Article commentary*, 2008, disponibile on line al sito www.statewatch.org/foi/foi.htm
- PEERS S., *The Rebirth of the Eu's Charter of Fundamental Rights*, in *CYELS*, 2010-2011, p. 283 ss.
- PEERS S., PRECHAL S., *Article 52*, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1455.
- PESCATORE P., *Guest Editorial: Nice – Aftermath*, in *CMLRev*, 2001, p. 265.
- PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, 2° ed., Torino, 2004.
- PIRIS J. C., *Dopo Maastricht le istituzioni comunitarie sono diventate più efficaci, più democratiche, più trasparenti?*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 3.
- PIRIS J. C., *La transparence dans les institutions communautaires*, in *Dir. Un. eur.*, 1999, p. 675.
- PIRIS J. C., *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010.
- PIRODDI P., *Negato l'accesso ai documenti delle istituzioni se si presume di ostacolo all'attività d'indagine*, in *Guida dir.*, 2010, n. 33-34, p. 94.
- PIRODDI P., *Commento art. 15 TFUE*, in POCAR F., BARUFFI M. C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Padova, 2014, p. 184.
- POCAR F., *Commento art. 1 TUE*, in POCAR F., BARUFFI M. C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Padova, 2014, p. 4.
- PORCHIA O., *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001.
- RAGNEMALM H., *Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Milano, 1998, p. 809.
- RAGNEMALM H., *The Community Courts and openness within the European Union*, in *CYELS*, 1999, p. 19.
- RIDEAU J. (sous la direction de), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique*, Paris, 1999.
- RIZZO A., *Il regolamento (CE) n. 1049/2001 e la "nuova" politica comunitaria della trasparenza*, in *Com. internaz.*, 2002, p. 87.

- ROSAS A., KAILA H., *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de Justice: un premier bilan*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 1.
- ROSSI L. S., *Uguaglianza - cittadinanza*, in ROSSI L. S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 109.
- ROSSI L. S., "Stesso valore giuridico dei Trattati"? *Rango, primato ed effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2016, p. 329.
- RZOTKIEWICZ M., *The General Principles of EU Law and Their Role in the Review of state Aid Put into Effect by Member States*, in *EStAL*, 2013, p. 464.
- SABATINO C., *Cittadinanza e autorità pubblica. Diritto di accesso ai documenti*, P. GIANNITI P. (a cura di), *Diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2013, p. 1323.
- SAGGIO A., IANNONE C., *Le informazioni riservate e i segreti commerciali nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. eur.*, 1997, p. 547.
- SAGGIO A., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 240.
- SANDULLI A., *L'accesso ai documenti nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 446.
- SANTINI A., *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, p. 443.
- SANTINI A., *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2004.
- SCARCIGLIA R., *Procedimento amministrativo comunitario e limiti al diritto di accesso all'informazione*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2000, p. 250.
- SCHAUSS M., *L'accès du citoyen aux documents des institutions communautaires*, in *Journal Trib. Droit eur.*, 2003, p. 1 ss.
- SCHEPISI C., *Italy*, in NEMITZ P. F. (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures - The Role of National Law and Practice*, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 261.
- SCHEPISI C., *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Torino, 2012.
- SCHWARZE J., *Access to Documents under European Union*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 335

- SIMONATI A., *Gerarchia delle fonti, segretezza sugli atti delle istituzioni e «regola dell'autore» in una recente sentenza del Tribunale di primo grado*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2002, p. 308.
- SIMONSSON I., *Technische Glaswerke IImenau v. Commission: Access to Documents under Regulation 1049/2001. CFI Reinforces Openness and Transparency*, in *EStAL*, 2007, p. 325.
- SINNEVE A., *State aid procedures: developments since the entry into force of the procedural regulation*, in *CMLRev*, 2007, p. 975 ss.
- SKOURIS V., *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance*, in *Eur. Business Law Rev.*, 2006, p. 225.
- SODERMAN J., *The Role and Impact of the European Ombudsman in Access to Documentation and the Transparency of Decision-Making*, in DEMCKYN V., THOMSON I., *Openness and Transparency in the European Union*, Maastricht, 1998, p. 75.
- SPITALERI F., *Recenti sviluppi in materia di private enforcement delle norme sugli aiuti di Stato: i casi CELF e Wienstrom*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 463.
- STROZZI G., *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 837.
- STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, 6° ed., Torino, 2013.
- TINTO V., *Il diritto di accesso del pubblico agli atti dell'Unione europea*, in *Dir. Comm. Int.*, 2009, p. 747.
- TIZZANO A., *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998.
- TIZZANO A., *L'application de la Charte des droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, p. 429.
- TOMKINS A., *Transparency and the Emergence of a European Administrative Law*, in *Yearbook Eur. Law*, 1999, p. 217.
- TRIDIMAS T., *General Principles of EU Law*, 2° ed., Oxford, 2007.
- TRUCCO L., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013.
- TUFANO M. L., *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement*, in *Dir. Un. eur.*, 2010 p. 381.

- USHER J. A., *General Principles of EC law*, Edinburgh, 1998.
- VESTERDORF B., *Transparency - Not Just a Vogue World*, in *Fordham Int. Law Journal*, 1998, p. 902.
- VICIANO PASTOR R., *Publicité et accès aux documents officiels dans les institutions de l'Union européenne avant et après le Traité d'Amsterdam*, in DONY M. (sous la direction de), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, p. 649.
- VILLANI U., *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016.
- VON DANWITZ T., PARASCHAS K., *A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 1396.
- WARD A., Art. 47, in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (eds.), *The Eu Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1199.
- WILS W. P. J., *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, in *Concurrences*, 2011, p. 41.
- ZILLER J., *Article II-102 – Droit d'accès aux documents*, in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: la Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, 2005, p. 538.
- ZILLER J., *Article I-50 – Transparence des travaux des institutions, organes et organismes de l'Union*, in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Parties I et IV, t. 1*, Bruxelles, 2007, p. 653.
- ZILLER J., *Le fabuleux destin des "Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne"*, in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 765.

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

I. Giurisprudenza degli organi dell'Unione europea

Corte di giustizia

Sentenze

- 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*
- 16 giugno 1965, causa 58/64, *Grunding c. Commissione della CEE*
- 15 luglio 1970, causa 41/69, *Chemiefarma c. Commissione*
- 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Lorenz*
- 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*
- 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*
- 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*
- 29 ottobre 1980, cause riunite da 209 a 215 e 218/78, *Vander Landewyck c. Commissione (FEDETAB)*
- 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, *VBVB e VBBB c. Commissione*
- 7 novembre 1985, causa 145/83, *Adams c. Commissione*
- 24 giugno 1986, causa 53/85, *AZKO Chemie c. Commissione*
- 10 luglio 1986, causa 234/84, *Belgio c. Commissione*
- 11 luglio 1989, causa 265/87, *Schröder HS Kraftfutter*
- 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*
- 14 febbraio 1990, causa 301/87, *Francia c. Commissione (Boussac)*
- 21 marzo 1990, causa 142/87, *Belgio c. Commissione (Tubemeuse)*
- 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*
- 3 luglio 1991, causa 62/86, *AZKO c. Commissione*
- 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci c. Italia*
- 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*
- 30 aprile 1996, causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio*
- 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e a.*
- 8 luglio 1999, causa C-51/92 P, *Hercules Chemicals c. Commissione*

11 gennaio 2000, cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, *Paesi Bassi e Van der Wal c. Commissione*

19 ottobre 2000, cause riunite C-15/98 e C-105/99, *Italia e Sardegna Lines c. Commissione*

26 giugno 2001, causa C-173/99, *BECTU*

6 dicembre 2001, causa C-353/99 P, *Consiglio c. Hautala (Hautala II)*

24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano c. Commissione*

15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 e C-254/99 P, *Limburges Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*

26 novembre 2002, causa C-275/00, *First e Franex*

6 marzo 2003, causa C-41/00, *Interporc c. Commissione (Interporc III)*

22 gennaio 2004, causa C-353/01 P, *Mattila c. Consiglio e Commissione*

29 aprile 2004, causa C-298/00 P, *Italia c. Commissione*

6 ottobre 2005, causa C-276/03 P, *Scott c. Commissione*

27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*

7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron*

5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*

1 febbraio 2007, causa C-266/05 P, *Sison c. Consiglio*

18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, *Svezia c. Commissione*

18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*

12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication*

8 maggio 2008, causa C-49/05 P, *Ferriere Nord c. Commissione*

1 luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*

17 luglio 2008, causa C-521/06 P, *Athinaïki Techniki c. Commissione*

18 dicembre 2008, causa C-384/07, *Wienstrom*

15 ottobre 2009, causa C-101/08, *Audiolux e a.*

2 marzo 2010, cause riunite da C-175/08 a C-179/08, *Salahadin Abdoulla e a.*

4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*

11 marzo 2010, causa C-1/09, *CELF Ministre de la Culture et de la Communication (CELF II)*

18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alassini e a.*

29 giugno 2010, causa C-139/07 P, *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau*

29 giugno 2010, causa C-28/08 P, *Commissione c. Bavarian Lager*

21 settembre 2010, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, *Svezia e a. c. API e Commissione*

9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*

1 marzo 2011, causa C-236/09, *Association Belge des consommateurs Test-achats*

9 giugno 2011, causa C-71/09 P, *Comitato "Venezia vuole vivere" e a. c. Commissione*

21 luglio 2011, causa C-506/08 P, *Svezia c. MyTravel e Commissione*

15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione c. Government of Gibraltar*

21 giugno 2012, causa C-135/11 P, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c. Commissione*

28 giugno 2012, causa C-404/10 P, *Commissione c. Éditions Odile Jacob*

28 giugno 2012, causa C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert Holding*

4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ*

17 ottobre 2013, causa C-280/11 P, *Consiglio c. Access Info Europe*

14 novembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione*

27 febbraio 2014, causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW*

8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e a.*

2 ottobre 2014, causa C-127/13 P, *Strack c. Commissione*

26 marzo 2015, causa C-316/13, *Fenoll*

6 ottobre 2015, causa C-650/13, *Delvigne*

6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*

13 novembre 2015, cause riunite T-424/14 e T-425/14, *ClientEarth c. Commissione*

14 luglio 2016, causa C-271/15 P, *Sea Handling c. Commissione*

Ordinanze

6 dicembre 1990, causa 2/88, *Imm. Zwartveld e a.*

17 luglio 1998, causa C-422/97 P, *Sateba c. Commissione*
29 novembre 2007, causa C-107/07 P, *Weber c. Commissione*
9 febbraio 2017, causa C-410/16 P, *Syndial c. Commissione*

Conclusioni degli avvocati generali

28 novembre 1995, causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio* (avvocato generale Tesauro)
8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BECTU* (avvocato generale Tizzano)
22 marzo 2001, causa C-270/99 P, *Z c. Parlamento* (avvocato generale Jacobs)
10 luglio 2001, causa C-353/99 P, *Consiglio c. Hautala (Hautala II)* (avvocato generale Léger)
12 marzo 2002, causa C-41/00, *Interporc c. Commissione (Interporc III)* (avvocato generale Léger)
11 febbraio 2003, causa C-219/00 P, *Cementerie del Tirreno c. Commissione* (avvocato generale Colomer)
10 luglio 2003, causa C-353/01 P, *Mattila c. Consiglio e Commissione* (avvocato generale Léger)
11 marzo 2004, causa C-150/03 P, *Hectors c. Parlamento* (avvocato generale Colomer)
29 novembre 2007, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio* (avvocato generale Poiares Maduro)
8 settembre 2009, causa C-139/07 P, *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau* (avvocato generale Kokott)
15 ottobre 2009, causa C-28/08 P, *Commissione c. Bavarian Lager* (avvocato generale Sharpston)
30 settembre 2010, causa C-236/09, *Association Belge des consommateurs Test-achats* (avvocato generale Kokott)
3 marzo 2011, causa C-506/08 P, *Svezia c. MyTravel e Commissione* (avvocato generale Kokott)
8 dicembre 2011, causa C-477/10 P, *Commissione c. Agrofert Holding* (avvocato generale Villalón)

5 settembre 2013, cause riunite C-514/11 P e C-605/11 P, *LPN e Finlandia c. Commissione* (avvocato generale Wathelet)

13 novembre 2013, causa C-390/12, *Pfleger e a.* (avvocato generale Sharpston)

14 aprile 2015, causa C-612/13 P, *ClientEarth c. Commissione* (avvocato generale Villalón)

4 giugno 2015, causa C-650/13, *Delvigne* (avvocato generale Villalón)

7 aprile 2016, causa C-673/13 P, *Commissione c. Stichting Greenpeace Nederland e PAN Europe* (avvocato generale Kokott)

7 aprile 2016, causa C-442/14, *Bayer CropScience e Stichting De Bijenstichting* (avvocato generale Kokott)

21 dicembre 2016, causa C-213/15 P, *Commissione c. Breyer* (avvocato generale Bobek)

Tribunale (già Tribunale di primo grado)

Sentenze

17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione*

18 dicembre 1992, cause riunite T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR e a. c. Commissione*

15 luglio 1994, causa T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*

29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay c. Commissione*

19 ottobre 1995, causa T-194/94, *Carvel e Guardian Newspaper c. Consiglio*

22 maggio 1996, causa T-277/94, *AITEC c. Commissione*

18 settembre 1996, causa T-353/94, *Postbank c. Commissione*

5 marzo 1997, causa T-105/95, *WWF UK c. Commissione*

6 febbraio 1998, causa T-124/96, *Interporc Im-und Export c. Commissione (Interporc I)*

19 marzo 1998, causa T-83/96, *van der Wal c. Commissione*

17 giugno 1998, causa T-174/95, *Svenska Journalistförbundet c. Consiglio*

19 luglio 1999, causa T-188/97, *Rothmans c. Commissione*

19 luglio 1999, causa T-14/98, *Hautala c. Consiglio (Hautala I)*

7 dicembre 1999, causa T-92/98, *Interporc c. Commissione (Interporc II)*

15 marzo 2000, cause riunite T-25/95 e a., *Cimenteries CBR c. Commissione*

6 aprile 2000, causa T-188/98, *Kuijer c. Consiglio*
13 settembre 2000, causa T-20/99, *Denkavit Nederland c. Commissione*
12 ottobre 2000, causa T-123/99, *JT's Corporation c. Commissione*
7 febbraio 2001, causa T-118/99, *Bonaiti Brighina c. Commissione*
11 dicembre 2001, causa T-191/99, *Petrie e a. c. Commissione*
30 gennaio 2002, causa T-54/99, *max.mobil c. Commissione*
7 febbraio 2002, causa T-211/00, *Kuijer c. Consiglio*
6 marzo 2002, cause riunite T-127/99, T-129/99 e T-148/99, *Diputación Foral de Álava e a. c. Commissione*
30 aprile 2002, cause riunite T-195/01 e T-207/01, *Government of Gibraltar c. Commissione*
17 settembre 2003, causa T-76/02, *Messina c. Commissione*
14 gennaio 2004, causa T-109/01, *Fleuren Compost c. Commissione*
30 novembre 2004, causa T-168/02, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c. Commissione*
5 aprile 2005, causa T-376/03, *Hendrickx c. Consiglio*
13 aprile 2005, causa T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*
14 luglio 2005, causa T-371/03, *Le Voci c. Consiglio*
14 dicembre 2005, causa T-200/04, *Regione autonoma della Sardegna c. Commissione*
6 luglio 2006, cause riunite T-391/03 e T-30/94, *Franchet e Byk c. Commissione*
14 dicembre 2006, causa T-237/02, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*
12 settembre 2007, causa T-36/04, *API c. Commissione*
8 novembre 2007, causa T-194/04, *Bavarian Lager c. Commissione*
9 luglio 2008, causa T-301/01, *Alitalia c. Commissione*
9 settembre 2008, causa T-403/05, *MyTravel c. Commissione*
11 febbraio 2009, causa T-25/07, *Iride e Iride Energia c. Commissione*
4 marzo 2009, cause riunite T-265/04, T-292/04 e T-504/04, *Tirrenia di Navigazione c. Commissione*
15 dicembre 2009, causa T-156/04, *EDF c. Commissione*
9 giugno 2010, causa T-237/05, *Éditions Jacob c. Commissione*
1 luglio 2010, causa T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni c. Commissione*

1 luglio 2010, causa T-335/08, *BNP Paribas e BNL c. Commissione*

21 ottobre 2010, causa T-439/08, *Agapiou Joséphidès c. Commissione e EACEA*

9 dicembre 2010, cause riunite da T-494/08 a T-500/08 e T-509/08, *Ryanair c. Commissione*

12 maggio 2011, cause riunite T-267/08 e T-279/08, *Région Nord-Pas-De-Calais c. Commissione*

24 maggio 2011, cause riunite T-109/05 e T-444/05, *NLG c. Commissione*

26 ottobre 2011, causa T-436/09, *Dufour c. BCE*

14 febbraio 2012, causa T-59/09, *Germania c. Commissione*

22 maggio 2012, causa T-344/08, *EnBW c. Commissione*

29 novembre 2012, causa T-590/10, *Thesing e Bloomberg Finance c. BCE*

13 dicembre 2012, cause riunite T-197/11 P e T-198/11 P, *Commissione e Strack c. Strack e Commissione*

29 gennaio 2013, cause riunite T-339/10 e T-532/10, *Cosepuri c. EFSA*

13 settembre 2013, causa T-380/08, *Paesi Bassi c. Commissione*

25 ottobre 2013, causa T-561/12, *Beninca c. Commissione*

21 maggio 2014, causa T-447/11, *Catinis c. Commissione*

25 settembre 2014, causa T-306/12, *Spirlea c. Commissione*

9 dicembre 2014, causa T-140/13, *Netherlands Maritime Technology Association c. Commissione*

27 febbraio 2015, causa T-188/12, *Breyer c. Commissione*

25 marzo 2015, causa T-456/13, *Sea Handling c. Commissione*

12 maggio 2015, causa T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España c. Commissione*

7 luglio 2015, causa T-677/13, *Axa Versicherung c. Commissione*

15 luglio 2015, causa T-115/13, *Dennekamp c. Parlamento*

12 novembre 2015, cause riunite T-515/14 P e T-516/14 P, *Alexandrou c. Commissione*

13 novembre 2015, cause riunite T-424/14 e T-425/14, *ClientEarth c. Commissione*

26 maggio 2016, causa T-110/15, *International Management Group c. Commissione*

21 settembre 2016, causa T-363/14, *Secolux c. Commissione*

23 gennaio 2017, causa T-727/15, *Justice & Environment c. Commissione*

28 marzo 2017, causa T-210/15, *Deutsche Telekom c. Commissione*

5 aprile 2017, causa T-344/15, *Francia c. Commissione*

Ordinanze

27 ottobre 1999, causa T-106/99, *Meyer c. Commissione*

4 aprile 2002, causa T-198/01 R, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*

8 giugno 2005, causa T-139/03, *Nuova Agricast c. Commissione*

8 giugno 2005, causa T-287/03, *SIMSA c. Commissione*

8 giugno 2005, causa T-295/03, *Poli Sud c. Commissione*

8 giugno 2005, causa T-297/03, *Tomasetto Achille c. Commissione*

8 giugno 2005, causa T-298/03, *Bieffe c. Commissione*

8 giugno 2005, causa T-299/03, *Nuova Faudi c. Commissione*

11 dicembre 2006, causa T-290/05, *Weber c. Commissione*

8 aprile 2011, causa T-291/10, *Martin c. Commissione*

2 settembre 2014, causa T-538/13, *Verein Natura Havel e Vierhaus c. Commissione*

25 maggio 2016, causa T-581/15, *Syndial c. Commissione*

II. Giurisprudenza italiana

Cons Stato, sez. V, 14 maggio 2012, n. 2747