Dottorato di Ricerca in Diritto amministrativo _XX Ciclo_

Coordinatore del corso: Chiar.mo Prof. Paolo Carnevale

TESI DI DOTTORATO

CONFIGURABILITA' DI DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI ALLA LUCE DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

RELATORE:

Chiar.mo PROF. GIAMPAOLO ROSSI

DOTTORANDA:

MARIA ELENA BARONE

ANNO ACCADEMICO 2007-2008

CONFIGURABILITA' DI DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI

ALLA LUCE DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

INDICE

CAP .I

PROBLEMI DEFINITORI DEI DIRITTI SPECIALI E/O ESCLUSIVI.

1. L'ART. 86 § 1 DEL TCE: LE IMPRESE PUBBLICHE E I DIRITTI SPECIALI E/O ESCLUSIVI:

1.1 *Definizione e analisi……7*

1.2. *Le difficoltà interpretative della dottrina: la tesi quantitativa e quella qualitativa……14*

1.3 *Osservazioni critiche…… 16*

2. LE DIRETTIVE COMUNITARIE RELATIVE AI SETTORI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE: RICOSTRUZIONE DEI DIRITTI IN ESAME A PARTIRE DALLA DIRETTIVA SULLE COMUNICAZIONI SATELLITARI:

2.1 Tentativi di classificazione……..19

2.2 *Diritti esclusivi e loro concreta individuazione alla luce delle normative nazionali: le pronunce della Corte di giustizia……20*

2.2.1 *(Approfondimento) Diritti esclusivi e diritti di esclusiva: un importante distinguo……..25*

2.3 *Diritti speciali (ad effetti esclusivi) e loro concreta individuazione alla luce delle normative nazionali: le pronunce della Corte di giustizia……..28*

2.4 *Diritti speciali di privilegio……..…37*

3. CONCLUSIONI PRELIMINARI…….……50

CAP. II

LA COMPATIBILITA' DEI DIRITTI SPECIALI E/O ESCLUSIVI CON LE LIBERTA' FONDAMENTALI DEL TRATTATO (ARTT.28, 31, 45 TCE):

PREMESSA: L'ART. 86 § 1 E IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITA' CON LE ALTRE NORME DEL TRATTATO

1. LA DISCIPLINA DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI (ART. 28 TCE) E IL RAPPORTO CON I DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI:

1.1 *Le regole del Trattato sulla libera circolazione delle merci……..52*

1.2 *I principi della giurisprudenza comunitaria……..58*

1.3 *Il rapporto con i diritti speciali ed esclusivi: problemi di compatibilità…….64*

1.4 *Le direttive della Commissione e le pronunce della Corte di Giustizia. Considerazioni conclusive…….....68*

2. DIRITTI ESCLUSIVI E MONOPOLI NAZIONALI A CARATTERE COMMERCIALE (ART. 31 TCE) :

2.1 *Nozione e disciplina dei monopoli nazionali a carattere commerciale……76*

2.2 *Diritti esclusivi di importazione ed esportazione: profili di compatibilità con l'art. 31 TCE…….....80*

2.3 *Monopoli commerciali e libera circolazione delle merci: un rapporto controverso…….82*

2.4 *Monopoli commerciali e art. 86 § 1: problemi di raccordo al vaglio della Corte…….86*

3. LA DISCIPLINA DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI (ARTT. 49-55 TCE) E IL RAPPORTO CON I DIRITTI SPECIALI E/O ESCLUSIVI:

3.1 *Le regole del Trattato sulla libera circolazione dei servizi…….....89*

3.2 *Il rapporto con i diritti speciali ed esclusivi: problemi di compatibilità…….95*

3. Le direttive della Commissione e il confronto con le pronunce della Corte di Giustizia: considerazioni conclusive……100

CAP. III

DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI E REGOLE DI CONCORRENZA (ARTT. 81 E 82 TCE):

3.1 *Premessa: problemi di compatibilità……..…….108*

3.2 *Le regole comunitarie riguardanti la concorrenza: gli artt. 81 e 82 TCE… 109*

3.3 *I diritti speciali ed esclusivi in rapporto alle regole di concorrenza……..115*

3.4 *I diritti speciali ed esclusivi che hanno l'effetto di produrre comportamenti anticoncorrenziali……123*

3.5 *L'abuso da estensione di posizione dominante…….....129*

3.6 *Diritti speciali ed esclusivi ed infrastrutture essenziali…….133*

3.7 *Diritti speciali ed esclusivi e abuso da conflitto di interessi…….....146*

3.8 *L'affermazione del principio di imparzialità…….150*

3.9 *Diritti speciali ed esclusivi e intese restrittive della concorrenza……..157*

3.10 *Osservazioni conclusive…….....163*

CAP. IV

I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE: LA DEROGA DELL'ART. 86 §2:

4.1 *L'interesse economico generale……166*

4.2 *La funzione del §2 dell'art. 86 del Trattato CE…….170*

4.3 *Servizio pubblico e servizio universale …….....172*

4.4 *La missione di interesse economico generale e le deroghe alle regole del TCE…….176*

4.5 *Obblighi di compensazione delle missioni di interesse generale……179*

4.6 *La deroga per motivi di interesse economico generale e le altre deroghe previste dal diritto comunitario…….....180*

4.7 *Servizi pubblici e normative finalizzate alla tutela dell'ambiente…….....184*

4.8 *La necessità e proporzionalità della deroga…….....187*

4.8.1 *Necessità e proporzionalità: l'orientamento della Commissione……191*

4.9 *Osservazioni conclusive…….....197*

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE…… ... 202

CAP I

PROBLEMI DEFINITORI DEI DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI.

1. L'ART. 86 § 1 DEL TCE: LE IMPRESE PUBBLICHE E I DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI:

1.1 *Definizione e analisi.*

In base al § 1 dell'art. 86 del Trattato (ex art 90), « *Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato, specialmente a quelle in tema di concorrenza (artt. 12 e da 81 a 89 inclusi)* ».

Il significato della disposizione è chiaro: con essa il legislatore ha voluto evitare che gli Stati riservino ad alcune imprese condizioni di favore rispetto alle altre, ossia *"privilegi legali"* che le sottraggano alle regole di concorrenza vigenti nel mercato[1].

Ai fini della corretta applicazione della norma risulta prioritario individuare chiaramente le imprese sottoposte a regime speciale, delle quali manca nel Trattato un'adeguata definizione, offerta invece dal

[1] Cfr. G. CORSO*, Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in Le istituzioni del Federalismo, n. 2/2007, pg. 279 ss. ; G. TESAURO, Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n.2 del Trattato CE, in Il diritto dell'Unione Europea, 1996, pg. 719 ss; E. MOAVERO MILANESI, L'attuazione dell'art. 90 CEE par. 3 e la direttiva della Commissione relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese in Rivista diritto industriale 1981, pg. 302 ss.

diritto derivato, seppure in modo funzionale ai diversi ambiti di intervento.

Peraltro, per quanto riguarda le imprese pubbliche, tale esigenza può dirsi soddisfatta fin dall'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, quando il legislatore comunitario ha fornito una nozione di *public undertaking,* espressione che può considerarsi quasi un sinonimo di impresa pubblica e che conferma (*v. infra*) come tale nozione in ambito comunitario non vada confusa con quella di impresa pubblica presente nel nostro ordinamento[2].

Nella prima direttiva sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra le imprese pubbliche e gli Stati membri[3] è stato definito public *undertaking* quel soggetto *« su cui le pubbliche autorità possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante in*

---

[2] Sulla nozione di impresa pubblica in Italia si vedano G. ROSSI*, Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in Il Diritto amministrativo, 2007, fasc. 3, e dello stesso A. *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. Amorosino, Milano, Giuffré, 1995; V. CERULLI IRELLI, Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2006, fasc. 5, pp.747-789; M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in «Riv. soc.», 1958, pg. 227 ss.; F. BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in «Riv. soc.», 1962, pg. 206 ss.; F. ROVERSI, R. MONACO, *Gli enti di gestione,* Milano, Giuffré, 1967; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffré, 1970; V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, in «Enc. dir. », XX, Milano, Giuffré, 1970, pg. 669 ss.; F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale*, I, Padova, Cedam, 1977; F. MERUSI, *Le direttive nei confronti degli enti di* gestione, Milano, Giuffré, 1977; A.M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in «Studi per Liebman», Milano, 1979; M.T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, Giuffré, 1983; tra gli economisti si v. R. CAFFERATA, *Pubblico e privato nel sistema delle imprese*, Angeli, Milano, 1983.

[3] Art. 2, Direttiva 80/723/CEE del 25 Giugno, sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, seguita dalla direttiva 85/413/CE del 24 luglio.

virtù della loro proprietà su di esso, della loro partecipazione finanziaria, oppure delle regole che lo governano ».

Una definizione sufficientemente completa, che delinea un concetto comprensivo di tutte le entità che svolgono un'attività economica e sulle quali le pubbliche autorità, di qualunque genere (centrali, locali, settoriali, ecc.), siano in grado di esercitare un'influenza determinante, la quale si risolve, in buona sostanza, nella capacità di condizionare le scelte strategiche dell'impresa e il cui accertamento prescinda dallo status formale dell'impresa interessata[4].

Diversamente, per le imprese titolari di diritti speciali e/o esclusivi è mancata per lungo tempo una definizione legale e solo agli inizi degli

---

4

Sulla nozione di impresa pubblica nell'ordinamento comunitario si veda H. PARRIS et al.: *L'impresa pubblica nell'Europa occidentale*, Franco Angeli, Milano, 1988, pag. 14; E. CANNADA BARTOLI, *Nozione di impresa pubblica ai sensi dell'art. 90 del Trattato istitutivo del MCE*, *Colloquio di Bruxelles della Ligue Internazionale contre la concurrence déloyale*, 5-6 marzo 1963, pg. 52; E. FERRARI, L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive CE, in Servizi Pubblici e Appalti, Milano, Giuffré 2004, pg. 124. In sostanza comunque l'impresa pubblica viene considerata nel Trattato dell'U.E. "*.... in due distinte accezioni. Anzitutto è impresa pubblica quella in cui l'influenza dominante dei pubblici poteri si esercita attraverso diritti e facoltà inerenti alla proprietà od alla partecipazione finanziaria indipendentemente dall'attività svolta (si pensi alla miriade di società in partecipazione statale). In secondo luogo va considerata pubblica l'impresa esercente una attività ad inerenza pubblicistica per la quale l'ordinamento interno prevede la possibilità di deroghe al regime ordinario delle libertà di iniziativa sino al limite della sua completa soppressione, con il contestuale affidamento riservato (nel nostro ordinamento sicuramente trasporti, telecomunicazioni, energia, acquedotti, attività portuali, ecc.) ai pubblici poteri, i quali possono esercitarla direttamente (con amministrazioni a personalità indistinta) o a propria volta affidarne lo svolgimento (in esclusiva anche per singoli aspetti) ad enti costituiti appositamente, società in proprietà comune o di proprietà privata (nel caso dello svolgimento delegato dell'attività in riserva i diritti speciali od esclusivi saranno per lo più conferiti utilizzando gli schemi organizzatori della concessione).*", in G. AMORELLI , *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, CEDAM, Padova, 1992, pg. 28-29.

anni Novanta alcune direttive, soprattutto in materia di telecomunicazioni, hanno per prime provato a delinearla.

Le ragioni di tale ritardo possono ascriversi in parte al fatto che in passato la fattispecie era ricompresa all'interno dell'art. 31 del Trattato, ossia del divieto di monopoli commerciali nazionali con effetti discriminatori sugli scambi (per cui v. *infra* cap. II), e perciò non riceveva autonoma considerazione[5].

Sullo scarso approfondimento della materia ha pesato inoltre la lettura uniformante dell'art. 86 fornita dalla Commissione. Lettura che ha portato ad omologare i diritti speciali a quelli esclusivi, nella convinzione che essi fossero uguali perché produttivi di analoghi effetti sulla concorrenza.

L'impostazione ora enunciata emerge chiaramente da una fra le prime definizioni normative sui diritti speciali ed esclusivi contenuta nella direttiva 90/388/CEE del 28 giugno 1988, relativa alla concorrenza nel mercato dei servizi di telecomunicazione[6], che li descrive come quei « *diritti concessi da uno Stato membro o da un'autorità pubblica ad uno o più organismi pubblici o privati mediante*

[5] Cfr. I. VAN BAEL – J-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community* (1994), trad. it. *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Giappichelli, Torino, 1995, 45 ss.; F. CAVAZZUTI, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 1974, 13-50; G.TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, 409 ss.

[6] Analoga definizione è contenuta anche nella Direttiva 90/387/CEE del 28 giugno 1990, relativa alla fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (ONP). Altre Direttive hanno affrontato in modo analogo il problema, come la 88/301/CEE del 16 maggio 1988, relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazione e la 90/531/CEE del 17 settembre 1990, relativa agli appalti pubblici nei settori esclusi.

ogni strumento legislativo, regolamentare o amministrativo che riservi loro la fornitura di un servizio o la gestione di una determinata attività».

Da questa definizione si nota come i due diritti fossero trattati allo stesso modo, ossia come strumento di controllo diretto o indiretto dello Stato sulle imprese beneficiarie, tale da consentire di aggirare le norme sul Trattato[7].

L'unica differenza era ravvisabile nell'aspetto quantitativo, cioè nel numero di titolari:

-molteplice nel caso dei diritti speciali ed

-unico nel casi dei diritti esclusivi,

ma identico appariva il fine: escludere le altre imprese dall'esercizio di una determinata attività economica.

La direttiva citata, inoltre, pur essendo diretta alla soppressione dei diritti speciali nel settore considerato (telecomunicazioni), non precisava nella parte dispositiva e nella motivazione né quale tipo di diritti speciali fosse concretamente considerato né per quale motivo l'esistenza di tali diritti dovesse ritenersi in contrasto con le varie disposizioni del Trattato.

Tale circostanza offrì alla Corte di giustizia l'occasione, da tempo invocata, di reclamare una soluzione al problema definitorio: nella

[7] Tale impostazione appare in linea con una risalente interpretazione della dottrina secondo la quale i diritti speciali e quelli esclusivi funzionerebbero allo stesso modo. V. PAPPALARDO, Art. 90, in Trattato istitutivo della CEE – Commentario, diretto da Quadri – Monaco – Trabucchi, 1965, pg. 685; FRIGNANI – WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella Comunità Europea*, 1996, pg. 266.

sentenza 19 marzo 1992, causa C-271-281-289/90 (*Spagna tlc)*[8], il giudice di Lussemburgo annullò parzialmente la direttiva servizi a causa della mancata precisazione sull'illegittimità dei diritti speciali, dovuta all'immotivata omologazione di questi ai diritti esclusivi, la cui trattazione era invece ritenuta sufficientemente enunciata[9].

In conseguenza di tale intervento, la Commissione si risolse finalmente ad enunciare, attraverso la direttiva sulle comunicazioni satellitari[10], due distinte nozioni dei diritti controversi.

La prima definisce esclusivi « *i diritti concessi da uno Stato membro ad un'impresa, mediante ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo che le riservi la facoltà di fornire un servizio ... o di effettuare un'attività all'interno di una determinata area geografica ».*

La seconda invece considera speciali « *i diritti concessi da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese, mediante ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo che, all'interno di una determinata area geografica»:*

---

[8] In *Racc*. 1992, punto 29-31, pg. 5867. Per lo stesso motivo la Corte di giustizia annullò anche la Direttiva 88/301/CEE, relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazione con la sentenza 19 marzo 1991, causa C-202/88 (*Francia)*, punto 45-47, in *Foro it.*, 1991, IV, pg. 417.

[9] Il carattere esclusivo del diritto, sulla base della direttiva citata, viene rinvenuto nel fatto che esso permette al beneficiario di escludere soggetti terzi dalla possibilità di esercitare una determinata attività

[10] Direttiva 94/46/CE del 13 ottobre 1994 (relativa alla liberalizzazione dei terminali e delle comunicazioni via satellite), che modifica le Direttive 88/301/CEE e 90/388/CEE con riguardo alle comunicazioni via satellite.

• *limita a due o più, il numero di dette imprese, autorizzate a fornire un servizio o ad effettuare un attività, non conformandosi a criteri di obbiettività, proporzionalità e non discriminazione, o*

• *designa, non conformandosi a tali criteri, numerose imprese in concorrenza, autorizzandole a fornire un servizio o ad effettuare un'attività, o*

• *conferisce a ciascuna impresa, non conformandosi a tali criteri, vantaggi legali o regolamentari che influiscono sostanzialmente sulle capacità di qualsiasi altra impresa di fornire lo stesso servizio ... o di effettuare la stessa attività nella stessa area geografica in condizioni sostanzialmente equivalenti"*[11].

Tali definizioni, pur essendo circoscritte alle comunicazioni satellitari, devono considerarsi generalmente valide. In seguito, infatti, altre direttive hanno affrontato l'argomento dei diritti speciali e di quelli esclusivi, e se in materia di telecomunicazioni queste richiamano direttamente o indirettamente la definizione della Direttiva 94/46/CE[12], in quelle relative ad altri settori di rilevante importanza (energia elettrica, gas, servizi postali) non sono emerse definizioni contrastanti con essa[13].

---

[11] Art. 2 della Direttiva 94/46/CE.

[12] Si veda nel primo senso l'art. 2, lett. f) della Direttiva 97/33/CE del 30 giugno 1997 sulla intercessione in una rete aperta (ONP), e nel secondo senso la Direttiva 97/51/CE del 6 ottobre 1997, che modifica le Direttive 90/387/CEE e 92/44/CEE sulla concorrenza nelle telecomunicazioni.

[13] Si vedano per tutte la Direttiva 96/92/CE del 19 dicembre 1996, relativa al mercato interno dell'energia elettrica, la Direttiva 97/67/CE del 15 dicembre 1997, relativa al mercato interno dei servizi postali e la Direttiva 98/30/CE del 22 giugno 1998, relativa al mercato interno del gas

1.2 *Le difficoltà interpretative della dottrina: la tesi quantitativa e quella qualitativa.*

Nonostante le precisazioni e i chiarimenti contenuti nella direttiva sulle comunicazioni satellitari (v. *supra* par. 1.1), continua a permanere nella dottrina una notevole incertezza sulla natura dei diritti speciali e/o esclusivi e sulle differenze al loro interno.

Al riguardo mi sembra si possano registrare essenzialmente due correnti di pensiero:

- da un lato quella di coloro che continuano a percorrere la tesi *quantitativa* della norma sostenendo che «*una determinata impresa è titolare di un diritto esclusivo allorché…lo Stato riservi ad essa e a nessun' altra il diritto di esercitare una determinata attività»,* mentre si è «*in presenza di diritti speciali allorché l'esercizio di un'attività economica sia riservato per legge ad un numero ristretto di imprese*[14]*».*
- Dall'altro – ed è la tesi maggioritaria – vi è chi sostiene invece che tra i due diritti esista una differenza "qualitativa", derivante dai contenuti, oltreché dal numero dei titolari.

Le enunciazioni riportate tuttavia sono spesso tautologiche a riprova del fatto che, mentre la «*nozione di diritto esclusivo è*

naturale.

[14] Secondo PAIS ANTUNES, L'article 90 du Traité CEE, iin Rev. Trim. droit eur., 1991, pg. 193, «*il arrive souvent que l'Etat n'octroi pas des droits exclusifs…mais accorde…les memes droits à certaines autres enterprises…Il s'agit alors de droits spéciaux. En ce sens, la difference entre le deux notions nous apparati etre plutot de nature quantitative que qualitative».*

abbastanza semplice, quella di diritto speciale dà luogo a maggiori problemi ed aspetta ancora di essere chiarita»[15]

Generalmente si osserva che *«un diritto speciale colloca un'impresa in una posizione di mercato più forte di quella che avrebbe avuto in assenza di tale diritto, mentre un diritto esclusivo attribuisce all'impresa una situazione di monopolio»*[16]. E ancora: *«il diritto speciale conferisce all'impresa, secondo criteri soggettivi, una posizione sul mercato più stabile di quella che altrimenti avrebbe occupato. Il diritto esclusivo consolida una posizione addirittura monopolistica»*[17].

Secondo un'autorevole opinione poi, i diritti speciali sarebbero quelli attribuiti ad un numero limitato di imprese, prescelte in modo discrezionale e soggettivo dallo Stato membro, presupponendo così che tale carattere manchi ai diritti esclusivi[18]

Qualcuno infine individua il discrimine tra diritti esclusivi e speciali nel diritto di impresa, sostenendo che esso ricorra solo nel primo caso, mentre nel secondo verrebbero in considerazione diritti ad esso strumentali. In particolare si ritiene che «*il carattere esclusivo derivi dal fatto che esiste una restrizione quanto al numero delle imprese che ne beneficiano, che deriva da una limitazione stabilita dai poteri*

---

[15] VAN BAEL BELLIS, Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea, 2005, pg. 919.

[16] VAN BAEL BELLIS, op. cit., pg. 918 .

[17] G. PERICU e M. CAFAGNO, Impresa pubblica, in Trattato di diritto amministrativo europeo, diretto da CHITI- GRECO, parte speciale 1997, pg. 790.

[18] Si vedano in questo senso le conclusioni dell' Avv. Gen. Jacobs nel caso Spagna tlc (in Racc. 1992, punto 50, pg.5856)

pubblici e non da una situazione di fatto…Al contrario, il diritto speciale non esclude l'esercizio di questo diritto da parte di altre imprese, ma implica delle differenze nelle condizioni d'esercizio, in modo da creare un vantaggio per un'impresa determinata. Bisogna quindi operare una distinzione tra l'attribuzione del diritto e le sue condizioni d'esercizio[19]*».*

1.3 *Osservazioni critiche.*

In effetti, tutte queste opinioni colgono una parte di verità ma per ciò stesso restano parziali e quindi inidonee a ricomporre organicamente il quadro dei diritti esaminati. La tesi "quantitativa" ad esempio non solo trascura l'esistenza di diritti speciali non incentrati sul diritto di impresa ma soprattutto omologa pedissequamente i diritti speciali che vi sono incentrati a quelli esclusivi, senza approfondirne il diverso effetto sulla concorrenza[20].

---

[19] N. RANGONE, *Les limitations du puvoir des Etats membres a la creation des monopoles de service public*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1994, pg. 359. In senso analogo si veda anche della stessa «*Principi comunitari e disciplina interna della concorrenza: l'abuso di posizione dominante in un'analisi per casi*», in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, nota 114, pg. 1337. G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 421.

21 Su questo, cfr. in particolare F. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

[20] V. sul punto L. AMMANNATI, *Il sistema tedesco di tutela della concorrenza. Un modello consolidato alla prova dei tempi*, in *La concorrenza in Europa. Sistemi organizzativi e autorità di garanzia*, Cedam, Padova, 1998, 13 ss.

Da parte loro le tesi "qualitative" mancano di evidenziare proprio quel "*quid novi*" che distinguerebbe la natura dei due diritti e garantirebbe ad alcune imprese una imprecisata posizione di preminenza piuttosto che una situazione di monopolio o di oligopolio.

Rilievi più dettagliati merita l'opinione, poc'anzi richiamata, secondo cui il diritto speciale si distingue da quello esclusivo per l'illimitata discrezionalità che caratterizzerebbe il provvedimento statale di rilascio. Tale interpretazione tuttavia non mi sembra condivisibile, perché frutto di un equivoco sostanziale: tale tesi (come indicato in nota) fu infatti ripresa dalle conclusioni dell'Avv. Generale Jacobs nella causa Spagna tlc, incentrata sulla direttiva per la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione.

Ebbene questa direttiva imponeva agli Stati di abolire i diritti esclusivi e speciali relativi a tali servizi proprio in ragione della discrezionalità con cui essi erano concessi negli ordinamenti nazionali, discrezionalità ingiustificata e quindi incompatibile con il regime di concorrenza previsto nel Trattato. Ma è evidente come la discrezionalità del provvedimento concessivo non rappresenti un elemento di tutti i diritti speciali bensì solo di quelli ritenuti illeciti dalla direttiva predetta. Esso inoltre non costituisce un elemento strutturale del diritto ma solo un presupposto del suo esercizio, inidoneo pertanto a spiegarne la natura[21].

[21] Cfr. il considerando n. 2 della Direttiva 90/388/CEE. A conferma della tesi qui sostenuta si veda anche la Direttiva 94/46/CE, la quale vieta non tutti i diritti speciali ma solo quelli concessi in violazione di criteri di «*obiettività, proporzionalità e non discriminazione*» (cfr. il 6° considerando e l'art. 2)

Per altro verso, a mio avviso, risulta insufficiente anche la tesi (pur apprezzabile) che discrimina i due diritti in base all'oggetto, qualificando come esclusivi tutti quelli che in forza di un provvedimento autoritativo sono riservati ad uno o più imprenditori ad esclusione di tutti gli altri, mentre quelli speciali riguarderebbero i diritti connessi a quelli d'impresa al fine di agevolarne l'esercizio. Qui infatti, se è condivisibile l'inclusione nella stessa categoria di tutte le fattispecie aventi effetti esclusivi, a prescindere dal numero dei titolari, non appare sufficientemente considerato il fatto che situazioni di monopolio od oligopolio legale siano destinate ad incidere diversamente sulla concorrenza[22].

In sintesi, le tre tesi interpretative, analizzate singolarmente, non riescono a dare un quadro esaustivo dei diritti esaminati, in quanto ognuna non tiene conto dei punti di vista delle altre.

Appare pertanto necessario – anche con l'aiuto delle normative vigenti in altri ambiti di diritto derivato – rivedere le classificazioni proposte. A questo scopo è da ritenersi ancora valida l'elaborazione contenuta nella direttiva sulle comunicazioni satellitari, da cui ritengo sia possibile partire per iniziare un qualsivoglia percorso ricostruttivo.

---

[22] Si v. F. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 793 e M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. III: *L'azienda e il mercato*, Cedam, Padova, pg.380 ss..

2. LE DIRETTIVE COMUNITARIE RELATIVE AI SETTORI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE: RICOSTRUZIONE DEI DIRITTI IN ESAME A PARTIRE DALLA DIRETTIVA SULLE COMUNICAZIONI SATELLITARI:

2.1 *Tentativi di classificazione*

Considerando nell'insieme le tre tesi interpretative proposte, la direttiva sulle comunicazioni satellitari fornisce due fondamentali criteri classificatori.

Il primo raggruppa tutti i diritti **"ad effetti esclusivi"** distinguendo al loro interno i diritti esclusivi in senso stretto (definiti comunemente solo *diritti esclusivi*) che sono quelli riservati ad una sola impresa (v. *infra* par. 2.2), e i diritti esclusivi in senso lato, che sono quelli riservati ad un numero molteplice ma limitato di imprese (che sono comunemente definiti *diritti speciali ad effetti esclusivi*), (v. *infra* par. 2.3);

l'altro che invece distingue all'interno dei **"diritti speciali"** quelli d'impresa, che autorizzano un determinato numero di soggetti allo svolgimento di un'attività economica o alla fornitura di un servizio (come si vede essi coincidono con i diritti speciali ad effetti esclusivi), e i diritti strumentali o di privilegio (per cui v. *infra* par. 2.4) che invece attribuiscono alle imprese beneficiarie «*vantaggi legali o regolamentari che influiscono sulle capacità di qualsiasi altra impresa di fornire un*

servizio o di effettuare la stessa attività ... in condizioni sostanzialmente equivalenti»[23].

In sostanza si possono quindi delineare tre diversi tipi di diritti:

•i « *diritti esclusivi* » puri e semplici, prima descritti come diritti esclusivi in senso stretto;

•i « *diritti speciali ad effetti esclusivi* » prima descritti come diritti esclusivi in senso lato (sulla base del primo criterio) o diritti di impresa (sulla base del secondo criterio);

•i « *diritti speciali di privilegio* » consistenti nei diritti strumentali e quindi solo in meri vantaggi legali[24].

La loro analisi procederà più nel dettaglio nei paragrafi successivi.

2.2 *Diritti esclusivi e loro concreta individuazione alla luce delle normative nazionali: le pronunce della Corte di giustizia.*

Con riguardo ai **diritti esclusivi**, la loro definizione non mi sembra presentare particolari difficoltà, in quanto essa può desumersi dal testo della direttiva sulle comunicazioni satellitari.

---

[23] Così la già menzionata Direttiva 94/46/CE del 13 ottobre 1994, relativa alla liberalizzazione dei terminali e delle comunicazioni via satellite.

[24] Per un'analisi più dettagliata dei diritti in questione si rimanda a Frignani Waelbroek, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1995; N. RANGONE, *Principi comunitari e disciplina interna della concorrenza: l'abuso della posizione dominante in un'analisi per casi*, in *Riv. it. di dir. pubb. com.*, 1995, nota 114, pg. 1337; E. MOAVERO MILANESI, *Partecipazioni dello Stato nelle imprese e disciplina Comunitaria degli aiuti pubblici, in* Rivista di diritto Europeo, 1990, pg. 549.

In base alla lettera della direttiva i diritti esclusivi sono i diritti riservati con un provvedimento d'autorità ad una sola impresa, nell'ambito di una determinata area geografica: nozione che coincide sostanzialmente con quella di monopolio legale richiamata dall'art. 31 del Trattato e, per il nostro ordinamento, dall'art. 43 della Costituzione. Come ha evidenziato un'autorevole dottrina, tale nozione si fonda sulla riserva originaria del diritto ad un ente pubblico, generalmente lo Stato, con la conseguente esclusione dalla sua titolarità di tutte le altre imprese[25].

La giurisprudenza comunitaria offre un'ampia esemplificazione di diritti esclusivi, specie **in riferimento a normative nazionali considerate incompatibili con il Trattato**. Così, nel corso degli anni, è venuto in discussione il diritto esclusivo di effettuare trasmissioni televisive o di svolgere il servizio esterno di pompe funebri o quello di collocamento di manodopera, di compiere operazioni portuali in un determinato porto e di servirsi di un'unica compagnia portuale, di stabilire le specifiche tecniche dei terminali telefonici, di omologarli, di esercitare il servizio postale di base, di erogare energia elettrica, di gestire le operazioni di pilotaggio marittimo, di agire come

[25] M.S. Giannini, Diritto pubblico dell'economia, 1995, pg.135 ss; sul tema v. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, 16 ss.; F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol.I: *La Costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977, 121 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Il diritto. dell'economia*,1990, pg.41 ss.

"broker" di scommesse ippiche, di importare o esportare energia elettrica ecc.[26]

Con le decisioni richiamate la Corte di giustizia e, sulla sua scia, la Commissione e il Consiglio, hanno fortemente ridotto l'ambito dei diritti esclusivi nazionali, poiché ritenuti incompatibili con il Trattato. Il che rende piuttosto difficile trovare ipotesi di diritti esclusivi nel diritto derivato che, come si è visto, si propone invece di liberalizzare numerosi settori economici e di armonizzare le normative dei Paesi membri[27].

Tra i pochi casi da ricordare c'è quello dei gestori di infrastruttura, a cui pure l'ordinamento comunitario riconosce una posizione di pubblico interesse, derivante dalla loro unicità e quindi dall'imparzialità, con cui devono garantire a tutti l'accesso alla rete. Si tratta per lo più di infrastrutture materiali, quindi economicamente non duplicabili, mentre per quelle virtuali, come le telecomunicazioni, si tende alla sovrapposizione.

---

[26] Si tratta, nell'ordine, delle sentenze 30 aprile 1974, causa C-155/73 (*Sacchi*), in Racc. 1974, pg. 409; 4 maggio 1988, causa C-30/87 (*Bodson*), in Racc. 1988, pg.2479; 23 aprile 1991, causa C-41/90 (*Hofner*), in Racc. 1991, pg.1979; 10 dicembre 1991, causa C-179/90 (*Porto Genova*), in Foro it., 1992, IV, pg. 225; 13 dicembre 1991, causa C-18/88 (*Inno*); 27 aprile 1994, causa C-393/92 (*Almelo*), in Foro it., 1995, IV, pg. 45; 17 maggio 1994, causa C-18/93 (Corsica Ferries), in Racc. 1994, pg. 1783; 11 novembre 1997, causa C-359/95 (Ladbroke); 23 ottobre 1997, causa C-157-158-159/94 (*Enel*) in Racc. 1997, pg. 5699.

[27] Si v. G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadrim . dei serv.pubbl.*, 1999, 7 ss., P. PICONE, *Origine ed evoluzione delle regole di concorrenza comunitarie: l'apologia del mercato "sociale" europeo*, in *Critica del diritto*, 1974, 69; R. MONACO, *Mercato interno europeo*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, XX, 1990, 3; G. MAJONE, *La Communauté européenne. Un Etat régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996, 51 ss. e 108 ss.

Un esempio tra gli altri è dato dalle **ferrovie**, dove spetta a ciascuno Stato riservare ad un ente il diritto di ripartire la capacità di infrastruttura, di percepire i relativi diritti ed eventualmente sviluppare in forma imprenditoriale la rete ferroviaria[28]. Analogamente, nel settore dell'**elettricità**, è disposto che gli Stati, o le imprese proprietarie di reti, designino il gestore della rete di trasmissione e quello della rete di distribuzione cui compete il diritto esclusivo di regolare i flussi di energia, consentire l'accesso (ad esempio mediante il dispacciamento degli impianti di generazione), mantenere l'infrastruttura ed eventualmente provvedere al suo sviluppo. E' anche prevista l'ipotesi dell'« acquirente unico », cioè di una persona giuridica designata dallo Stato, avente il diritto di acquistare e vendere in esclusiva l'energia elettrica oltreché di gestire la rete[29]. Altro esempio di diritto esclusivo è quello relativo all'esercizio dell'attività di **prospezione, ricerca o coltivazione di idrocarburi** in una determinata area geografica che la direttiva 94/22/CE subordina al rilascio di apposita autorizzazione da parte degli Stati membri[30], e quello dei **servizi postali** ordinari e

[28] Cfr. gli artt. 3, 6, 9 della Direttiva 95/19/CE del 19 giugno 1995, riguardante la capacita di infrastruttura ferroviaria e la riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura.

[29]

Su cui F. DONATI*, Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*, in L'Europa delle reti, a cura di A. PREDIERI e M. MORISI, Torino, Giappichelli, 2001, pg.111 ss.

Cfr. altresì il 25° considerando nonché gli artt. 7-12 e 18 della Direttiva 96/92/CE del dicembre 1996, concernenti norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

[30] Su cui G. ROSSI e M.E BARONE, Prospezione ed estrazione di petrolio gas, carbone e altri combustibili solidi in Trattato sui contratti pubblici, vol. V, Milano, Giuffré 2008, pg. 3227ss.

Si veda altresì l'art. 1 della Direttiva 94/22/CE del 30 maggio 1994, relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio alle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi.

transfrontalieri. Più in particolare, con riguardo a quest'ultimo settore, la Direttiva 97/67/CE[31], come modificata dalla successiva Direttiva n. 2002/38/CE, ha mantenuto un regime di riserva lasciando agli Stati libertà di scelta in relazione agli strumenti con cui coprire l'onere del servizio universale[32]. Peraltro, dalla recente approvazione della Direttiva comunitaria per i servizi postali (2008/6/CE del 20 febbraio 2008)[33] emerge l'obiettivo di eliminare ogni residuo diritto speciale ed esclusivo accordato ai Fornitori del Servizio Universale[34]. L'affidamento ad essi del servizio dovrà fondarsi sul rispetto dei *«principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e minima distorsione del mercato, necessari per garantire la libera fornitura di servizi postali nel mercato interno»*[35].

---

[31] La prima direttiva comunitaria di liberalizzazione delle poste, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio.

[32] La riserva massima ammessa è molto ampia, comprendendo raccolta, trasporto, smistamento e distribuzione degli invii di corrispondenza interna, tramite consegna ordinaria o espressa, nonché la posta transfrontaliera e la pubblicità diretta per corrispondenza.

[33] La proposta, presentata dal Parlamento Europeo il 18 ottobre 2006, è stata approvata in via definitiva il 31 gennaio 2008

[34] La direttiva, del Parlamento europeo e del Consiglio, mira ad aprire completamente alla concorrenza i mercati postali europei entro il 2011. Con l'apertura del mercato, gli operatori nazionali non disporranno più del monopolio e il servizio universale sarà mantenuto pur continuando a migliorare la qualità e la scelta per i consumatori e le imprese dell'Unione europea.

[35]Considerando n. 15 della proposta di direttiva.

2.2.1 *(Approfondimento) Diritti esclusivi e diritti di esclusiva: un importante distinguo.*

A sentir parlare (come sovente accade) di diritti di esclusiva (come la proprietà industriale o il diritto di d'autore) potrebbe forse accadere di domandarsi se essi possano essere considerati alla stessa stregua dei diritti esclusivi. In passato vi era chi sosteneva la tesi della coincidenza delle due fattispecie[36], anche se altri erano di opinione contraria[37].

A voler ipotizzare un confronto, per es. paragonando i benefici che ottiene un imprenditore possessore di un brevetto su un bene da lui inventato a quelli di un altro imprenditore a cui è riservato il diritto esclusivo sulla distribuzione e dispacciamento di energia elettrica si potrebbe notare che:

- dal punto di vista quantitativo entrambi sono gli unici nel mercato di riferimento;
- dal punto di vista qualitativo entrambi occupano una posizione monopolistica che consente loro d'imporre i prezzi e di conseguenza di ottenere forti vantaggi in termini di guadagno[38].

---

[36] FRIGNANI – WAELBROECK, Disciplina della concorrenza nella Comunità Europea, 1996, pg. 266.

[37] Cfr. PAPPALARDO, Art. 90, in Trattato istitutivo della CEE – Commentario, 1965, pg. 685 e allo stesso modo, anche se con argomenti differenti, A. PAIS ANTUNES, L'article 90 du traité CEE, in Rev. trim. droit eur. 1991, pg. 193.

[38] Cfr. F. DONATI, *Le Reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica* e del gas naturale, op. cit., 2001, pg. 401; G. FLORIDIA *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e*

Ciò sembrerebbe avvalorare la tesi della coincidenza delle due fattispecie in questione, sostenuta da una parte della dottrina[39]. In realtà, invece, tale opinione oggi è considerata inverosimile, mentre è consolidata quella che esclude ogni collegamento tra i due diritti[40].

A parere di tale dottrina, il brevetto, come qualsiasi diritto di privativa, rappresenta una particolare espressione del diritto di proprietà quindi è una prerogativa di tutti. Il diritto esclusivo, invece, appartiene solo ad un numero limitato di soggetti a cui l'autorità pubblica lo ha riservato.

Questo significa, per semplificare, che un qualsiasi imprenditore proprietario di un macchinario innovativo può chiedere ed ottenere il brevetto su quel bene e quindi può produrlo e venderlo in esclusiva sul mercato. Al contrario un altro soggetto proprietario di un terreno dove sono stati collocati dei pannelli solari, non può distribuire energia elettrica ad altri utenti se tale attività è riservata dallo Stato esclusivamente ad una determinata impresa[41].

---

*concorrenza,T*orino, 2001

[39] Cfr. G. CAPUTI, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2002.

[40] G. TESAURO, Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2 del Trattato CE, op cit., pg 719 ss; E. MOAVERO MILANESI, *Partecipazioni dello Stato nelle imprese e disciplina Comunitaria degli aiuti pubblici, in* Rivista di diritto Europeo, 1990, pg. 549 E. M. APPIANO, *Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni nel diritto Comuntario della concorrenza in* Diritto comunitario degli scambi internazionali 1994, pg. 317.

[41] Si v. M. NITTI e A. SANTINI, *La liberalizzazione nei settori dell'elettricità e del gas natuale*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario* (a cura di L.G. Radicati di Brozolo), Torino, Giappichelli, 2002, 159 ss.;

Appare forse più corretto allora ritenere che, mentre il diritto di privativa è un diritto strumentale al diritto di proprietà e quindi una sua condizione d'esercizio, il diritto esclusivo è il mezzo che attribuisce il diritto d'impresa. Senza richiedere il brevetto, infatti, un imprenditore potrebbe ugualmente svolgere un'attività economica consistente nella produzione e vendita del bene da lui inventato, con la conseguenza però di perdere l'esclusiva e quindi di dover affrontare dei potenziali concorrenti nel mercato. Nell'altro caso invece, solo colui che ha ricevuto dall'autorità pubblica la concessione del diritto esclusivo avrà la facoltà di esercitare l'attività economica riservata.

In conclusione, se si pone l'attenzione sul fine che giustifica la concessione dei due diritti si potrebbe dire che attraverso i diritti di privativa, come il brevetto, lo Stato tutela il singolo, il quale, sfruttando la sua posizione dominante sul mercato, può riuscire a recuperare gli elevati costi che di solito servono per portare a termine con successo una ricerca; al contrario i diritti esclusivi sono rilasciati unicamente con lo scopo di tutelare nel modo migliore alcuni interessi della collettività non perseguibili in regime di concorrenza.

D'altra parte non mi sentirei di escludere che un'analisi più approfondita dei diritti di privativa (che evidentemente non avrebbe senso condurre in questa sede) potrebbe forse portare a scoprire che anch'essi perseguono un interesse molto importante per l'intera collettività (per esempio perchè l'innovazione e il progresso tecnologico garantiscono lo sviluppo economico e il benessere sociale) e che quindi

la loro distanza dai diritti esclusivi sia molto meno grande di quanto si creda.

2.3 *Diritti speciali (ad effetti esclusivi) e loro concreta individuazione alla luce delle normative nazionali: le pronunce della Corte di giustizia.*

Dopo aver tentato di fornire un quadro (se non completo) almeno esaustivo dei diritti esclusivi, si passerà ora all'esame di quelli che nella classificazione proposta (v. supra par. 2.1) sono stati definiti come **"diritti speciali ad effetti esclusivi"**, cercando, fra l'altro, di mettere in luce le differenze rispetto ai diritti esclusivi. Ciò non solo in base alla direttiva sulle comunicazioni satellitari, ma anche soprattutto al loro diverso inquadramento nell'ambito della concorrenza.

La direttiva li descrive come quei diritti che, in base ad un provvedimento d'autorità, sono riservati ad un numero limitato di imprese in una determinata area geografica. Essa, peraltro, prevede due ipotesi, che tuttavia non rappresentano due situazioni diverse ma una diversa configurazione, negativa e positiva, della stessa fattispecie. Si precisa infatti che lo Stato può «limitare» o «designare» le imprese riservatarie rimanendo implicito che, nel primo caso sono lasciati indeterminati i soggetti concorrenti, mentre nel secondo sono indicati espressamente. Quello che rimane comunque tipico del provvedimento è l'effetto di riservare ad alcuni soltanto degli

imprenditori (ma non ad uno solo di loro) il diritto di esercitare un'impresa, restandone esclusi tutti gli altri.

Diversamente dai "*diritti esclusivi*", quelli "*speciali ad effetti esclusivi*" non sono stati adeguatamente analizzati dalla giurisprudenza comunitaria, forse perché sostanzialmente compatibili con il Trattato e quindi fonte ridotta di contenzioso tra Paesi membri e Commissione. In materia possono invece trarsi significativi esempi dal diritto derivato, specie in riferimento alla disciplina dell'accesso alle reti di servizio[42].

Un primo esempio è dato dalla disciplina delle ferrovie dove, come si visto, in forza della Direttiva 91/440/CEE e sue successive modificazioni[43], rimane riservata allo Stato l'intera infrastruttura, salvo il diritto di appositi enti di ripartirne l'uso tra le imprese che svolgono servizi di trasporto. L'ordinamento comunitario in altre parole, dopo aver riconosciuto in generale il diritto di accedere alla rete ferroviaria, ne attribuisce poi l'uso solo ad alcuni, nella considerazione che, per ragioni tecniche e di sicurezza, la sua fruizione non possa essere illimitata. In concreto il diritto d'accesso è subordinato al rilascio di un'apposita autorizzazione all'esito di un procedimento «equo e non discriminatorio», che tuttavia mantiene elementi di discrezionalità[44].

---

[42] Per un inquadramento generale delle reti di servizi si rinvia a S. CASSESE, Servizi pubblici a rete e governo del territorio, in Giornale di dir. amm., 1997, pg. 1075 ss

[43] V. le Direttive 95/18 e 95/19 e la Direttiva 2004/51/CE di cui è fatta menzione più avanti.

[44] Cfr. in particolare l'art. 10 della Direttiva 95/18/CE relativa al rilascio delle licenze per le imprese ferroviarie e la Direttiva 95/19/CE, relativa alla ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e alla riscossione dei diritti per l'uso della stessa.

Tali provvedimenti sono importanti perché introducono il principio della regolamentazione del pagamento per l'accesso alla rete ed enunciano i seguenti principi in tema di regolazione e assegnazione dei diritti di accesso stesso:

La direttiva n. 440 è stata modificata dalla direttiva 2004/51/CE, che ha stabilito l'estensione dei diritti di accesso alla rete a tutti i tipi di servizi di trasporto ferroviario di merci, a decorrere dal 1° gennaio 2007[45].

Una impostazione analoga a quella suesposta è rinvenibile nel trasporto internazionale di viaggiatori con autobus: anche qui infatti, per i "servizi regolari" (quelli cioè che «*assicurano il trasporto di viaggiatori con una frequenza e su un tragitto determinati*»), è

---

a) gli Stati membri devono disciplinare il rilascio, la proroga e la modifica delle licenze destinate alle imprese ferroviarie;

b) gli Stati membri devono individuare un soggetto o un'autorità istituita ad hoc che si occupi della ripartizione della capacità ferroviaria attraverso l'assegnazione delle tracce orarie secondo principi di equità, non discriminazione, efficacia ed efficienza;

c) vengono identificati i requisiti necessari per configurare determinate aziende come imprese ferroviarie e le modalità da utilizzare per l'assegnazione delle tracce da parte del gestore della rete.

L'inesistenza di un diritto generale all'accesso si ricava indirettamente dall'art. 4 della Direttiva 95/18/CE del 19 giugno 1995 il quale, mentre prevede il diritto delle imprese ferroviarie ad ottenere la licenza per la gestione dei servizi, precisa che «detta licenza non dà diritto di per sé stessa all'accesso all'infrastruttura ferroviaria».

Uno degli elementi di maggiore innovazione è costituito senza dubbio dall'introduzione nei sistemi ferroviari europei del regime dei canoni di accesso alla rete. E' proprio tale regime a dover permettere infatti un'ampia liberalizzazione, consentendo l'utilizzo delle reti da parte di una molteplicità di operatori, nazionali e stranieri, in concorrenza tra loro. In realtà, tale sistema deve essere in grado di rispondere a una molteplicità di obiettivi, tra i quali quello di assicurare un adeguato sviluppo della concorrenza senza discriminazioni tra gli operatori, di garantire l'efficienza all'interno del sistema ferroviario e condizioni profittevoli a diversi soggetti.

[45] Dai resoconti dei negoziati per l'approvazione della direttiva 2004/51/CE emerge che, per quanto concerne il trasporto ferroviario passeggeri, *il Parlamento ha accettato il rifiuto del Consiglio di regolare la liberalizzazione dei servizi ferroviari passeggeri nell'ambito della presente direttiva. Il Consiglio ha tuttavia recepito un considerando in cui, per quanto concerne l'apertura del mercato dei servizi internazionali di trasporto ferroviario di passeggeri, la data del 2010 deve essere considerata «alla stregua di un mezzo atto a consentire a tutti gli operatori di prepararsi in modo appropriato»,* Relazione sul progetto comune, approvato dal comitato di conciliazione, di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 91/440/CEE relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie in http://www2.europarl.eu.int

richiesta, oltre alla licenza, un'apposita autorizzazione, il cui rilascio è caratterizzato da elementi di discrezionalità, che finiscono per limitare il numero degli aventi diritto[46].

Emblematico è anche il caso dell'elettricità dove, come per le ferrovie, rimangono riservate a determinati soggetti le reti di trasmissione ad alta tensione e quelle di distribuzione a media e bassa tensione. Ebbene, a prescindere dagli strumenti giuridici utilizzati, che possono essere di tipo privatistico (contratto) o pubblicistico (appalto pubblico), i gestori delle reti consentono l'acceso alle medesime entro i limiti della "necessaria capacità", potendo così rimanerne escluse più imprese operanti nel settore[47].

Infine nel campo delle telecomunicazioni, che pure è quasi integralmente liberalizzato, può citarsi la telefonia mobile, dove è consentito agli Stati di limitare il numero delle licenze richieste «*soltanto in base ad esigenze fondamentali ed esclusivamente in casi connessi con la scarsità delle frequenze disponibili e giustificati alla luce del principio di proporzionalità*».[48]

Ebbene, dalla casistica esaminata emerge con sufficiente chiarezza la differenza che passa tra "i diritti esclusivi" e i "diritti

---

[46] Cfr. l'art. 1, n. 4-11 del Regolamento 98/11/CE dell'11 dicembre 1997 ed in particolare il n. 8, che consente di rifiutare l'autorizzazione quando la medesima comprometta i servizi già autorizzati o riguardi solo i servizi più redditizi o comprometta un servizio ferroviario.

[47] Cfr. l'art. 20, 2 della Direttiva 2003/54 che abroga la direttiva 96/92/CEE e pur tuttavia ne riproduce nella sostanza l'art. 17, 5 con riguardo alla possibilità per il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione di rifiutare l'accesso, purché debitamente motivando.

[48] Così l'art. 3 bis della Direttiva 96/2/CE del 16 gennaio 1996 sulla liberalizzazione dei servizi di telefonia mobile.

speciali ad effetti esclusivi": entrambi infatti restringono l'accesso al mercato[49], ma i primi a vantaggio di un solo imprenditore mentre i secondi a vantaggio di più imprenditori, seppure in numero limitato. Ora mi sembra evidente come la differenza non sia solo quantitativa, ma anche qualitativa, perché in un caso è eliminata totalmente la concorrenza, mentre nell'altro essa sopravvive, anche se in maniera ridotta. E tale circostanza non è irrilevante, se è vero che, come hanno affermato la Corte di Giustizia e la Commissione, il diritto esclusivo configura una posizione dominante « ex se », che non è riscontrabile nel diritto speciale, con tutte le conseguenze che ne derivano[50]

In effetti da tempo la giurisprudenza comunitaria è consolidata nel dichiarare che «*a proposito dei diritti esclusivi…l'impresa che fruisce di un monopolio legale su una parte sostanziale del mercato comune può essere considerata un'impresa che occupa una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 (ora art. 82) del Trattato*»[51]. Detto insegnamento è stato fatto proprio dalla Commissione, la quale lo ha adottato in numerose direttive, ad esempio in materia di telecomunicazioni[52]

---

[49] Il loro effetto restrittivo del mercato è evidenziato per prima dalla sentenza 16 novembre 1977, causa C-13/77 (Inno), in Racc. 1977, punto 3, pg. 2133

[50] Tale differenza è efficacemente sottolineata dall'Avv.Gen.Jacobs nella sentenza Spagna tlc: «Mentre convengo che la concessione tanto dei diritti esclusivi quanto di quelli speciali può avere un effetto ugualmente deleterio sulla libertà di fornire servizi, devo osservare che un'impresa che gode di diritti speciali…può non avere una posizione dominante sul mercato in questione» (in Racc. 1992, punto 51, pg. 5856).

[51] Così la sentenza Porto Genova (in Racc. 1991, pg. 235) e in termini, tra le tante, le sentenze 3 ottobre 1985, causa C-311(84 (Cbem), in Racc. 1985, pg. 3261; Hofner (in Racc. 1991, pg. 2018) e 18 giugno 1991, causa C-260/89 (Ert), in Racc., 1991, pg. 2961.

[52] Cfr. ad esempio il 14° considerando della Direttiva 90/388/CE, il 13° considerando della Direttiva 94/46/CE ed il 10° considerando della Direttiva 95/51/CE.

La circostanza assume particolare rilievo in considerazione del fatto che solo il monopolio legale trova un divieto esplicito nell'art. 31 del Trattato (ex art. 37) e che la posizione dominante, di cui all'art. 82 (ex art. 86), può costituire abuso anche solo in via presuntiva o implicita, senza bisogno di specifici comportamenti commissivi da parte delle imprese titolari di diritti esclusivi.

Riguardo al primo punto giova ricordare che l'art. 31 del Trattato vieta la costituzione di monopoli commerciali ad effetti discriminatori e che la Corte vi ha fatto diretto ricorso ogniqualvolta fosse in discussione la produzione o la vendita di una merce.[53]

Ancora più importante è il secondo punto, perché mediante il combinato degli artt. 86 (ex art. 90) e 82 (ex art. 86) si è esteso il divieto di monopolio legale dal settore delle merci a quello dei servizi[54]. Ma soprattutto, attraverso una giurisprudenza particolarmente invasiva, la Corte ha teorizzato l'abuso «presunto» di posizione dominante, in base al quale è ritenuta illegittima la creazione stessa del monopolio legale, perché «induce» inevitabilmente ad abusarne nel mercato di riferimento o, per estensione, in quello parallelo. La Corte ha così individuato negli articoli citati una fattispecie complessa, distinguendo al suo interno la responsabilità degli Stati per le misure

[53] Fra i monopoli esaminati dalla Corte c'è quello dell'energia elettrica nelle sentenze 15 luglio 1964, causa C- 6/64 (Costa), in Foro it., 1964, IV, pg. 137 e 23 ottobre 1997, causa C-157158-159/94 (Enel), in Racc. 1997, pg. 5699; del latte nella sentenza 3 febbraio 1976, causa C-59/75 (Tanghera), in Racc. 1976, pg. 91. Sulla priorità dell'art. 37 (ora art. 31) di rinvia alle conclusioni dell'Avv. Gen. Cosmas nella sentenza Enel (in Racc. 1997, pg. 5718)

[54] Su questa evoluzione si veda in particolare Montero Pascual, I monopoli nazionali pubblici in un mercato concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'articolo 90 del Trattato, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1997, pg. 663 ss.

illegittime e quella delle imprese per i comportamenti illeciti, arrivando a sanzionare le prime anche separatamente o in assenza dei secondi[55].

Né il parziale ripensamento della Corte di giustizia ha prodotto alcun effetto, se è vero che la Commissione ne ha sposato interamente l'impostazione nelle sue direttive: queste infatti, come si è visto, hanno liberalizzato importanti settori economici come le telecomunicazioni, i trasporti, le poste, l'elettricità e ciò in base a considerazioni largamente ispirate all'abuso «presunto» di posizione dominante. Particolarmente indicativo al riguardo è ancora il campo delle telecomunicazioni, dove la Commissione ha giustificato la soppressione dei monopoli esistenti perché essendo generalmente riservata agli enti nazionali la gestione della rete, la riserva anche dei servizi riduce la concorrenza, e quindi la possibilità di scelta degli utenti, inducendo il monopolista a proporre contratti vessatori e a trascurare i servizi più innovativi: da qui l'abuso «implicito» delle misure statali colpite dalle direttive[56].

Per i diritti speciali ad effetti esclusivi invece il discorso è diverso: infatti, restando salva la concorrenza, l'eventuale illecito non colpisce il momento costituivo del diritto ma quello antecedente, cioè la scelta dei concorrenti, o quello successivo, cioè il modo di esercizio.

---

[55] Sull'abuso presunto di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria, cfr. N. RANGONE, op. cit., pg. 1335 e TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 n. 2 del Trattato CE*, in Dir. Unione Europea, 1996, pg. 725.

[56] In questo senso si veda la motivazione delle citate Direttive 90/388/CE (Concorrenza nei servizi di telecomunicazione), 94/46/CE (Comunicazioni satellitari), 95/51/CE (Comunicazioni via cavo) e 96/2/CE (Telefonia mobile).

Per quanto riguarda in particolare il primo punto, va detto che è requisito di legittimità dei diritti speciali l'assoluta imparzialità del procedimento, com'è efficacemente messo in luce dalla direttiva sulle comunicazioni satellitari, secondo cui «*qualsiasi diritto speciale che direttamente o indirettamente – per esempio non prevedendo una particolare procedura di autorizzazione pubblica e non discriminatoria – limiti il numero di imprese autorizzate…è in grado di produrre effetti aventi la stessa natura della concessione di diritti esclusivi*»[57].

Da qui il duplice intervento della Commissione con norme sia inibitorie che prescrittive, che da una parte impongono la soppressione di tutti i diritti speciali concessi in modo discriminatorio, dall'altra richiedono condizioni di trasparenza ed imparzialità per tutti i casi in cui è previsto il rilascio di un'autorizzazione. Generalmente ci si limita a prescrivere che le procedure statali siano «*trasparenti, non discriminatorie, proporzionate e basate su criteri oggettivi*», ma in taluni casi si arriva anche a regolare il singolo procedimento o ad

---

[57] Cfr. il 7° considerando della Direttiva 94/46/CE, dove si precisa con riguardo ai diritti esclusivi che essi costituiscono misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative contrarie all'art. 30 del Trattato:

- che nessuna delle caratteristiche specifiche degli apparecchi terminali di telecomunicazione è tale da giustificare il trattamento discriminatorio di cui potrebbero essere oggetto, sul piano normativo apparecchi simili;
- che, di conseguenza, è necessario abolire tutti i diritti esclusivi che ancora esistono (in relazione all'importazione, all'immissione in commercio, all'allacciamento, all'installazione e alla manutenzione delle apparecchiature per le stazioni terrestri per collegamenti via satellite) nonché i diritti che hanno effetti della stessa natura ossia tutti i diritti speciali, ad eccezione di quelli costituiti da vantaggi legali o regolamentari per una o più imprese che influiscono esclusivamente sulla capacità delle altre imprese di impegnarsi in una delle attività sopramenzionate nella stessa area geografica in condizioni sostanzialmente equivalenti.

imporre gli stessi requisiti ai negozi privati di diritto pubblico, determinando una commistione del «giusto procedimento amministrativo con le regole di concorrenza[58]».

Peraltro, se la mancanza di imparzialità vizia sempre i diritti speciali, la sua presenza, viceversa, non garantisce sempre la loro legittimità, perché possono sopravvivere condizioni diverse (es. lo sviluppo tecnologico), che rendono ingiustificato il mantenimento di una concorrenza limitata[59]. Anche in questa circostanza, tuttavia, non potrà invocarsi il divieto di monopolio legale ma norme più circostanziate come il divieto di misure restrittive della circolazione delle merci o dei servizi, con una conseguenza non secondaria sotto il profilo processuale: il mantenimento in capo alla Commissione dell'onere di provare la presunta incompatibilità con il Trattato[60].

---

[58] V. G. TESAURO, Diritto comunitario, op.cit, 2004; E. PICOZZA, Diritto amministrativo e diritto comunitario, 1997, pg. 243 – 247. Quanto all'obbligo di non discriminazione, esempi di formulazioni generali si trovano nell'art. 3 della Direttiva 95/19/CE (ferrovie), nell'art. 7 della Direttiva 2002/39/CE (poste) e nell'art. 3 della Direttiva 2003/54/Ce (energia elettrica). La disciplina dettagliata del procedimento autorizzatorio può invece leggersi all'art. 1 del Regolamento 98/11/CE (trasporti con autobus), Infine, un esempio di vincolo esteso ad atti pubblici e privati è quello dell'art. 6 della Direttiva 97/33/CE (rete aperta di telecomunicazioni).

[59] Cfr. R. ALESSI – G. OLIVIERI, La disciplina della concorrenza e del mercato, Giappichelli, Torino, 1991; Frignani Waelbroek, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, op.cit., pg. 305

[60] Questo rende più facile la posizione dello Stato membro, cui non compete dimostrare la legittimità della misura adottata, come invece richiesto per i monopoli nazionali dalla giurisprudenza sull'abuso «presunto» di posizione dominante. Sul punto si veda N. RANGONE, *I tentativi di «erosione» dei monopoli di importazione ed esportazione di elettricità, in Giornale di diritto amministrativo*, 2002, pg. 320. Sul diverso rilievo nel Trattato dei diritti esclusivi e speciali si veda anche G.P. TAGARIELLO, *I monopoli di servizi di telecomunicazioni: cronaca di una fine annunciata,* In *Rass. giur. energia elettrica*, 2003, pg. 87 ss.

2.4 *Diritti speciali di privilegio.*

Dai diritti speciali ad effetti esclusivi vanno infine distinti i diritti speciali di privilegio, i quali, sempre secondo la direttiva sulle comunicazioni satellitari, consistono in «*vantaggi legali o regolamentari che influiscono sostanzialmente sulla capacità di qualsiasi altra impresa di fornire lo stesso servizio…o di effettuare la stessa attività nella stessa area geografica in condizioni sostanzialmente equivalenti*».

Si tratta, com'è evidente, di diritti assai eterogenei, unificati solo dal fatto di conferire vantaggi che alterano la concorrenza e dunque difficili da definire ed ancor più da classificare.

Una prima differenza con i diritti precedenti, comunque, è data dall'oggetto, nel senso che quelli in esame non consistono in diritti d'impresa ma in diritti strumentali che, favorendo uno o più imprenditori, rendono meno competitivi i servizi o i prodotti offerti dai concorrenti nella stessa zona. Con l'importante conseguenza che, a differenza dei diritti già analizzati, «*i diritti speciali consistenti esclusivamente in vantaggi speciali di natura giuridica o regolamentare non precludono in linea di massima l'accesso al mercato da parte di altre imprese*» e conseguentemente sono inidonei a ledere «ex se» la concorrenza, essendo invece necessario valutarne la legittimità «*caso per caso, tenendo conto del loro impatto sull'effettiva libertà da parte*

di altri enti di fornire lo stesso servizio…e delle eventuali motivazioni in relazione all'attività interessata»[61].

In secondo luogo essi prescindono dal numero dei titolari, i quali possono essere uno o più, purché non rappresentino un'intera categoria di imprese,vendo meno in questo caso la stessa possibilità di configurare giuridicamente il diritto speciale[62].

Sotto il profilo della legittimità, poi, «i diritti speciali di privilegio» devono concretarsi in provvedimenti formali, all'esito di procedimenti tipizzati, conformi come gli altri ad «*obiettività, proporzionalità e non discriminazione*». Tuttavia, qui tali requisiti sono destinati ad operare diversamente perchè quando, come accade talvolta, si attribuiscono vantaggi ad un' impresa in ragione del suo particolare "status", basta una corretta valutazione del caso singolo senza necessità di ricorrere a procedure concorsuali. Non vengono invece meno le esigenze di obiettività e proporzionalità, che risultano anzi esaltate.

Anche in questo caso tuttavia, perché il vantaggio possa considerarsi illegittimo, è necessario che esso non renda semplicemente più difficile ma impedisca «sostanzialmente» l'attività delle altre imprese, costrette ad operare in condizioni di mercato non più «equivalenti»: situazione, come s'intende, di difficile valutazione e

---

[61] Così il 12° considerando della Direttiva 94/46/CE e nello stesso senso il 10° considerando della Direttiva 96/2CE.

[62] Già nella sentenza *Inno*, a proposito della facoltà riconosciuta in Francia alle imprese importatrici o produttrici di tabacco di fissarne il prezzo di vendita, la Corte dichiarava che *«poiché detta facoltà è concessa a tutti… e quindi ad una categoria indeterminata di imprese, sembra dubbio che tali imprese possano essere considerate come titolari di diritti speciali o comunque esclusivi»* (in *Racc.* 1977, punto 41, pg. 2145)

che comunque può essere apprezzata solo «ex post», sulla base delle circostanze prodottesi nel singolo ordinamento.

Ciò posto, risulta quasi impossibile fare una classificazione dei diritti speciali di privilegio, tale essendo qualsiasi vantaggio legale, derivante da un atto pubblico ed idoneo ad alterare sostanzialmente la concorrenza. Ancor più che nei casi precedenti, dunque, è inevitabile procedere per esemplificazioni.

a) Un primo sicuro esempio dei diritti in esame, comunque, è dato da tutti quei provvedimenti che conferiscono diritti reali su beni altrui o concedono il potere di espropriazione per pubblica utilità. Tale ipotesi infatti è una delle poche previste, anche in via generale, nelle direttive comunitarie.

Al riguardo si consideri la precedente direttiva sugli appalti nei "settori esclusi", che, tra gli elementi che lasciavano presumere la titolarità di diritti speciali o esclusivi, indicava «il diritto di avvalersi di una procedura di espropriazione per pubblica utilità o dell'imposizione di una servitù o…il diritto di utilizzare il suolo, il sottosuolo e lo spazio sovrastante la pubblica via»[63]. Ora, in base alla direttiva 2004/17, tale "presunzione" può desumersi dalla «concessione, mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, di una riserva di attività fra quelle indicate» (gas, energia termica ed elettrica, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, sfruttamento di area geografica).

[63] Art. 2 della Direttiva 93/38/CE e nello stesso senso l'11° considerando della Direttiva 94/46/CE, secondo cui « *nel settore delle telecomunicazioni siffatti vantaggi speciali di natura giuridica o regolamentare possono consistere, fra l'altro, nel diritto di effettuare acquisti obbligatori nell'interesse generale in deroga alle vigenti norme nel settore dell'urbanistica*»

Del problema si occupano in concreto anche alcune direttive di settore come, ad esempio, quella sulla liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione, che vieta agli Stati di discriminare fra fornitori di reti pubbliche «*per quanto riguarda la concessione di diritti di passaggio per la fornitura di tali reti*»; oppure quella sull'interconnessione, secondo cui «*Quando un organismo che fornisce servizi…o reti di telecomunicazione...ha il diritto di installare strutture su…terreni pubblici o privati o quando esso può ricorrere a una procedura per l'espropriazione o l'uso di una proprietà, le autorità nazionali di regolamentazione favoriscono l'uso comune di tali strutture e /o proprietà*»[64].

b) Un altro caso espressamente indicato dalla Commissione consiste nella «possibilità di ottenere autorizzazioni senza necessità di esperire le procedure ordinarie», ipotesi da considerarsi residuale attesi gli obblighi di «giusto procedimento» amministrativo oggi imposti generalmente agli Stati[65].

---

[64] Cfr. rispettivamente l'art. 4 della Direttiva 96/19/CE, che modifica la direttiva 90/388/CEE al fine della completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni e l'art. 11 della Direttiva 97/33/CE, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni, finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta

[65] Cfr. l'11° considerando della Direttiva 94/46/CE. Sui principi del procedimento amministrativo comunitario e sulla loro influenza su quelli nazionali si veda E. CHITI – C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in Dir. pubbl., 1996, pg. 517. e dello stesso Autore *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno, in Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997; E. Picozza, *op. cit*. pg. 213-226 e dello stesso Autore *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, In Riv. It. Dir. Pubbl. comun., 1994, 321; A. WEBER, *Il* diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea, in Riv. It. Diritto Pubblico Comunitario, 1992, pg. 393

Più controversa, ma non da escludersi, è anche l'ipotesi dei diritti di priorità previsti in alcune autorizzazioni: essi infatti consentono l'uso preferenziale di certe infrastrutture, riducendo od escludendo la prestazione dei medesimi servizi da parte dei concorrenti. Secondo la direttiva sulle ferrovie, ad esempio, è disposto l'accesso prioritario alla rete per chi esercita servizi pubblici o servizi speciali, come il trasporto merci o l'alta velocità[66]. Analogamente la direttiva sull'energia elettrica riconosce priorità d'accesso alle reti di trasmissione e di distribuzione agli impianti di generazione che usino «*fonti nazionali di energia combustibile primaria*» o impieghino «*fonti energetiche rinnovabili o rifiuti ovvero che assicurano la produzione mista di calore e di energia elettrica*»[67].

Altri diritti, sulla cui appartenenza alla categoria in esame non dovrebbero sussistere dubbi, sono quelli derivanti dai provvedimenti di sovvenzione e di agevolazione finanziaria in genere. Anche in questo caso infatti esiste un'indicazione esplicita nella direttiva sulle ferrovie secondo cui, fatte salve le norme sulla concorrenza, «*gli Stati membri possono concedere diritti speciali per quanto riguarda la ripartizione delle capacità di infrastruttura su base non discriminatoria alle imprese ferroviarie che forniscono determinati servizi o riforniscono in determinate regioni, se tali diritti sono indispensabili per garantire un*

S. CASSESE– G. DELLA CANANEA, *L'esecuzione del diritto comunitario*, in Riv. It. Dir. pubbl. comun., 1991, 901; A.MASSERA, *I principi generali*, in M. P. CHITI, - G. GRECO (a cura di), Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano, Giuffrè, 1997, 431 ss.

[66] Art. 4 della Direttiva 95/19/CE

[67] Artt. 8 e 11 della Direttiva 96/92/CE e art. 11 della Direttiva 2003/54/CE

buon livello di servizio pubblico o un utilizzo efficace delle capacità di infrastruttura o per consentire il finanziamento di nuove infrastrutture»[68].

Anche questi diritti comunque devono conformarsi alla disciplina generale delle sovvenzioni contenuta nell'art. 87 (ex art 92) e seguenti, e quindi rientrare nelle deroghe al divieto di aiuti pubblici previste espressamente dal Trattato[69].

In questa materia occupano un posto particolare le sovvenzioni compensative di oneri sociali, che trovano fondamento nel secondo comma dell'art. 86 (ex art. 90)TCE: questo infatti consente alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale di derogare alle norme sulla concorrenza, qualora risulti impedito l'adempimento della missione loro affidata[70]. Da un punto di vista sostanziale, non si tratta di veri e propri vantaggi ma di compensazione di obblighi pubblici, che alterano la concorrenza a danno dell'onerato; formalmente tuttavia essi consistono in "diritti speciali di privilegio" che, come tali, richiedono il controllo sulla «*obiettività, proporzionalità e non discriminazione*» della misura concessiva.

Tra gli esempi più significativi ci sono i trasporti pubblici, che offrono la disciplina più risalente ed organica del settore: essa deriva

[68] Così l'art. 5 della Dir. 95/19/CE

[69] Infatti nell' 11° considerando della Direttiva 94/46/CE la Commissione riconosce che la definizione data ai diritti che attribuiscono vantaggi legali «*non osta all'applicazione dell'art. 92 del Trattato*»

[70] Di questo aspetto si parlerà più diffusamente nell'ultimo capitolo.

infatti dall'art. 73 (ora art. 77), che dichiara compatibili con il Trattato gli aiuti «*corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di servizio pubblico*». Su questa base sono poi intervenute le direttive inerenti gli obblighi di sevizio pubblico, che hanno previsto e disciplinato dettagliatamente i metodi di compensazione[71].

Questo schema ha trovato generale applicazione nell'ambito della disciplina del servizio universale, nel quale tuttavia le sovvenzioni compensative, e quindi gli oneri, sono tendenzialmente ripartite tra tutte le imprese. E' questo il caso delle telecomunicazione e dei telefoni, dove è previsto che, se l'onere per obblighi di servizio universale di un singolo operatore è eccessivo, questo sia ripartito tra tutti i gestori di reti pubbliche.

Ancora più dettagliata è la disciplina delle poste, dove il problema è risolto costituendo un fondo compensativo, amministrato da un organismo indipendente e alimentato da tutti gli altri imprenditori al momento di ricevere l'autorizzazione[72].

3. CONCLUSIONI PRELIMINARI

A fronte delle considerazioni precedenti mi sembra si possa ritenere che i diritti speciali ed esclusivi, al di là delle loro differenze,

[71] In particolare la Direttiva 69/1191/CEE del 26 giugno 1969 e la Direttiva 91/1893/CEE del 20 giugno 1991.

[72] Si veda nell'ordine l'art. 5 della Direttiva 97/33/CE, l'art.4 della Direttiva 98/10/CE e l'art. 9 della Direttiva 97/67/CE.

costituiscano una categoria di diritto comunitario, dotata di elementi unitari.

Sulla base delle norme di diritto derivato fin'ora esaminate essi potrebbero essere complessivamente definiti come diritti economici riservati ad una o più imprese in forza di un atto pubblico conforme alle norme sulla concorrenza.

Peraltro, com'è stato evidenziato, nell'ambito della concorrenza possono instaurarsi rapporti di tipo orizzontale che intercorrono solo tra imprese, o verticale, che intercorrono tra imprese e pubblici poteri[73].

Nella seconda ipotesi, in cui rientra ad evidenza il caso di specie, la legittimità dei diritti in esame rimanda direttamente a quella degli atti concessivi e ne postula quindi una separata verifica. Del resto in questo senso si è espressa da tempo la Corte di giustizia la quale, pur riconoscendo l' «effetto diretto» dell'art. 86 TCE ai fini della tutela dei singoli, ha sancito l'autonoma responsabilità degli Stati per l'adozione di misure lesive della concorrenza, anche in assenza dei comportamenti illeciti da essi indotti[74].

---

[73] E. Moavero Milanesi, Diritto della concorrenza dell'Unione Europea, Editoriale scientifica, Napoli, 2004, pg. 274 ss. G. MINERVINI, *La tutela della libertà di concorrenza*, in *Riv. soc.* , 1961, 29, ss; F. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, op. cit. e M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *op cit.,*380 ss.

[74] Il diritto individuale di ricorrere al giudice nazionale contro i provvedimenti lesivi della concorrenza è stato sancito nella sentenza Sacchi (in Racc. 1964, punto 18). Circa la "*responsabilità speciale*" degli Stati per le misure lesive della concorrenza 13 dicembre 1991, causa C-18/88 (Rtt), in Racc. 1991, punti 223-24. Anche la dottrina parla di responsabilità

Ciò premesso, occorre verificare quali siano i requisiti di legalità previsti in generale per gli atti concessivi di diritti speciali e/o esclusivi, facendo ricorso in primo luogo ai principi generali che vincolano l'azione amministrativa nell'ordinamento comunitario e costituiscono un paradigma anche per l'azione delle amministrazioni nazionali. Al riguardo il dato più significativo deriva dalla considerazione che in tale ordinamento assume il principio di legalità, valutato non solo in senso sostanziale, come obbligo di conformarsi alle norme del Trattato e del diritto derivato, ma anche in senso formale, come obbligo di rendere eque, obiettive e proporzionali le proprie scelte, eventualmente attraverso un giusto procedimento[75].

Per quanto riguarda la legalità sostanziale è d'obbligo il richiamo all'art. 86 che, come s'è visto, impone agli Stati di conformarsi a tutte le norme del Trattato ed in particolare a quelle che garantiscono la concorrenza tra le imprese. In materia economica dunque, come ha sostenuto con chiarezza la Corte, gli Stati, lungi dal compromettere l'«effetto utile» delle norme comunitarie, devono adeguare la propria azione al «*principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*».[76]

---

particulière (Pais Antunes, op.cit., pg. 189) od "*obbligo parallelo*" (Frignani- Waelbroeck, op.cit., pg. 122) degli Stati nell'ambito dell'art.86.

[75] Sul principio di legalità v. G Rossi, Diritto Amministrativo, v. 1, Milano 2005, G. Zanobini, L'attività amministrativa e la legge, in Riv. trim. dir pubbli., 1924; A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pg. 118 ss.

[76] Cfr. la sentenza *Inno* causa C-13/77 (Inno), in Racc. 1977, punto 3, pg. 2133

Un importante corollario di questo principio è che gli interessi pubblici che siano eventualmente in contrasto vanno intesi come deroghe alla disciplina generale e quindi interpretati restrittivamente. Il caso più eclatante è certamente quello del secondo comma dell'art. 86, che sottrae al regime della concorrenza le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, quando risulti impedito l'adempimento della missione loro affidata (sul punto v. infra cap. IV).

Analogamente, in ordine alle libertà di circolazione – come si vedrà nei capitoli successivi – il Trattato consente limiti al loro esercizio solo in presenza degli interessi pubblici in esso tassativamente previsti. Così, la circolazione delle merci può essere ridotta solo per i motivi indicati dall'art. 30 (ex art. 36), da intendersi restrittivamente[77] ; la circolazione dei lavoratori è subordinata dall'art. 39 (ex art. 48) solo ad esigenze di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, precisa peraltro nella Direttiva 64/22 CEE, e allo stesso modo è limitabile il diritto di stabilimento ai sensi dell'art. 46 (ex art. 56).

Ancora più significativo è il riscontro di questo schema in larghi settori del diritto derivato e in particolare nella disciplina dei servizi a rete, il cui accesso ed uso può essere limitato solo per le «*esigenze fondamentali*» ivi espressamente previste. Come sempre la formulazione più organica è quella contenuta nella normativa sulle telecomunicazioni, dove è stabilito che « *i motivi non economici*

[77] Così la sentenza 14 dicembre 1972, causa C. 29/72, in Racc. 1972, pg. 1129.

d'interesse pubblico che possono indurre uno Stato membro ad imporre condizioni riguardo alla realizzazione e/o funzionamento di reti di telecomunicazione o alla fornitura di servizi…sono la sicurezza di funzionamento della rete, il mantenimento della sua integrità e, in casi giustificati, l'interoperabilità dei servizi la protezione dei dati, la tutela dell'ambiente e degli obiettivi della pianificazione urbanistica e territoriale, nonché l'effettivo uso dello spettro di frequenze»[78].

In sostanza, al di là della loro diversa qualificazione giuridica, i diritti economici, riassunti nel "diritto alla concorrenza", costituiscono un limite al potere discrezionale della Pubblica Amministrazione la quale, come nella riserva rinforzata di legge, può intervenire a comprimerli solo in base agli interessi pubblici precostituiti dal legislatore e con salvezza dei loro contenuti minimi.

Tali osservazioni, che verranno sviluppate in prosieguo di trattazione, risultano confermate anche dai parametri di legalità formale imposti all'azione amministrativa. In materia, com'è noto, l'ordinamento comunitario si è mostrato assai rigoroso, assumendo le garanzie processuali e procedimentali dei diritti come condizione della loro esistenza. Ebbene questo assunto è particolarmente vero per i diritti speciali ed esclusivi, il cui conferimento, come si è più volte ripetuto, deve avvenire in base a criteri «*oggettivi, trasparenti e non*

[78] Così l'art. 1 n. 6 della Direttiva 97/51/CE e con identica formulazione l'art. 1 n.1 della Direttiva 96/19/CE. Una particolare applicazione del principio si trova nell'art. 10 della Direttiva 97/33/CE relativa all'interconnessione e nell'art. 13 della Direttiva 98/10/CE sui servizi telefonici. Analoghi riferimenti sono rinvenibili per gli idrocarburi agli artt. 2-3 della Direttiva 94/22/CE, per i servizi postali all'art. 5 della Direttiva 97/67 come modificato dalla Direttiva 2002/39/CE, e all'art. 23 della Direttiva 96/92/CE per l'elettricità come modificato dalla Direttiva 2003/54/CE.

discriminatori» ovvero nel rispetto di un «*giusto procedimento*». Ora, alla luce delle direttive in cui è inserito, è considerato "giusto" il procedimento che antepone la tutela della concorrenza agli altri interessi, limitandone le deroghe ai casi di interesse pubblico tassativamente previsti. La deroga al regime della concorrenza si giustifica tuttavia solamente per *le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale*[79] e quando tale deroga sia effettivamente indispensabile ad assicurare il funzionamento del servizio e le sue finalità: la cd. *specifica missione*. In proposito è opportuno precisare che l'ordinamento comunitario assume un atteggiamento di non ingerenza sui contenuti delle missioni affidate ai servizi, lasciando le amministrazioni pubbliche libere nella individuazione degli obiettivi da assicurare ai cittadini e quindi nella definizione del pubblico servizio.

Ancora più importante è la considerazione che ai criteri espliciti sopra richiamati deve aggiungersi anche quello implicito di proporzionalità, che garantisce l'equilibrio tra mezzi e fine e che vale come regola aurea di un ordinamento mercantile (almeno in origine) qual è quello comunitario. Per i rapporti economici il principio è stato inteso nel senso che «*un provvedimento restrittivo di un'attività economica è legittimo qualora risulti adeguato e necessario al raggiungimento degli obiettivi posti dalla legge e, quando si può*

[79] Si veda cap. IV

scegliere tra diversi provvedimenti, va adottato quello meno oneroso»[80].

In conclusione da una prima analisi del diritto comunitario originario e derivato sembrerebbe emergere la tendenza ad una progressiva erosione dei diritti speciali ed esclusivi, seppure con intensità e modalità diverse, come si esaminerà in prosieguo di trattazione.

[80] Come nota G.BERTI, Democrazia, pluralismo e sistema economico – Le Costituzioni e l'Unione Europea – in Riv. di dir. pubbl. com., 1997, p. 115, «in un ordine finalizzato alla comunicazione a alla protezione dell'economia mercantile, basata a sua volta sulla concorrenza tra le imprese, la legittimità dell'azione regolatrice è data dalla proporzionalità degli obiettivi di volta in volta decisi e perseguiti». Sul principio di proporzionalità v. G. Rossi, Diritto amministrativo, op. cit. 2005; G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1914, I, 2 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998, 317 ss. A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio,* in *Quaderni del pluralismo*, 1998, 175 ss. e della stessa Giudice e funzione amministrativa, Milano, Giuffré 2004

CAP. II

LA DISCIPLINA COMUNITARIA DEI DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI:

PREMESSA. L'ART. 86 § 1 E IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITA' CON LE ALTRE NORME DEL TRATTATO.

La disciplina comunitaria dei diritti speciali ed esclusivi trova i suoi fondamenti nel paragrafo 1 dell'art. 86 del TCE, il quale, come si è visto[81], impone agli Stati membri di non emanare né mantenere nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui vengono riconosciuti diritti speciali ed esclusivi alcuna misura contraria alle norme del TCE.

Detta disposizione è stata costantemente interpretata dalla Corte di Giustizia nel senso di non considerare di per sé contraria al Trattato la mera esistenza o creazione di diritti speciali e/o esclusivi. Questo principio, affermato dalla Corte sin dalla sua prima pronuncia sul tema, *caso Sacchi*, è stato poi ripreso dalla giurisprudenza successiva formatasi specie a partire dagli anni Novanta, per lo più a seguito di rinvii pregiudiziali[82].

Ciononostante la disposizione non ha mancato di suscitare problemi in ragione della "*oggettiva difficoltà di conciliare l'idea stessa*

[81] Vedi *supra* cap.I

[82] Corte di giustizia, 30 aprile 1974, C155-73, pt. 14, in Racc., 1974, pg. 409.

di un monopolio o di un'impresa beneficiaria dei diritti in questione con un regime di libera concorrenza e di mercato comune"[83].

Al punto che la stessa Corte di Giustizia si è spinta progressivamente verso forme di controllo più stringenti dell'esistenza dei diritti speciali e/o esclusivi. Infatti, nelle sue pronunce successive, benché abbia continuato a richiamare il principio secondo il quale il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di tali diritti, ai sensi dell'art. 86 n. 1 TCE, non fosse di per sé incompatibile con le norme del Trattato in materia di concorrenza, questo aspetto ha perso la sua originaria centralità (come nella sentenza Sacchi) ed è stato relegato al ruolo di mera premessa del suo ragionamento.

I termini del problema sono chiari: la presenza di un monopolio legale o comunque di ambiti nei quali, pur essendo ammessa la concorrenza, il numero dei produttori (o distributori) risulti predeterminato o limitato mediante misure amministrative, impedisce la formazione di un mercato comune. L'ammissibilità di dette misure, pertanto, richiede di essere valutata alla stregua delle regole che disciplinano tale mercato, in modo da comprenderne – come la stessa Corte di giustizia non ha mancato di sottolineare – la reale portata normativa.

Tali regole sono principalmente quelle relative alla libera circolazione delle merci e dei servizi e quelle della concorrenza. Per

[83] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale G. TESAURO nella causa C-202/89 Terminali di telecomunicazioni, in Racc., 1991, I, pg. 1239, pt. 11).

esempio è evidente come la libera circolazione delle merci o la prestazione di servizi, ove assoggettata a divieti, contingentamenti, autorizzazioni o altre misure di matrice statale, dovrebbe fare i conti con tanti sistemi e tanti vincoli amministrativi quanti sono gli Stati tra i quali la merce circola[84].

Da tali considerazioni emergono le difficoltà di tipo interpretativo in cui ci si può imbattere, specie in un'analisi ex ante, per determinare la compatibilità con le norme del Trattato di misure pubbliche che conferiscono diritti speciali e/o esclusivi. Di queste difficoltà e delle soluzioni prospettabili, con riguardo alle diverse discipline cui si è appena fatto riferimento si darà conto, più nello specifico, nelle pagine successive di questo lavoro.

1. LA DISCIPLINA DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI (ART. 28 TCE) E IL RAPPORTO CON I DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI:

1.1 *Le regole del Trattato sulla libera circolazione delle merci.*

L'applicazione del paragrafo 1 dell'art. 86 in combinato disposto con le regole di libera circolazione delle merci ha avuto, storicamente, un ruolo importante per l'evoluzione della disciplina dei diritti speciali

[84] G. Corso*, Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in Le istituzioni del Federalismo, n. 2/2007, pg. 279 ss. Cfr. I. VAN BAEL – J-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community* (1994)*,* trad. it. *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Giappichelli, Torino, 1995, 45 ss.

ed esclusivi. Prima di riferire di questo è però necessario richiamare, sia pure a grandi linee, la disciplina della libera circolazione delle merci.

In base alle regole in argomento (per ciò che più interessa in questa sede) sono vietate fra gli Stati membri della Comunità le restrizioni quantitative alle importazioni ed alle esportazioni delle merci, come anche qualsiasi misura ad effetto equivalente. Il divieto – che tocca i pubblici poteri in tutte le loro manifestazioni e ramificazioni – è assoluto ed esplicito e non richiede alcun ulteriore provvedimento di attuazione da parte degli Stati membri o delle istituzioni, essendo direttamente attributivo ai singoli di diritti azionabili davanti ai giudici nazionali [85].

L'oggetto del divieto è l'adozione di qualsiasi misura implicante una restrizione quantitativa alla circolazione delle merci[86].

Per **restrizioni quantitative** si intendono *"misure aventi carattere di proibizione, totale o parziale, d'importare, d'esportare o di far transitare, a seconda dei casi"* [87].

---

[85] Corte di giustizia, 22.3.1977, causa 74/76, Racc, 1977, 557, Iannelli e Volpi. Per la dottrina si v. G.GHIDINI, Libertà di circolazione delle merci nella CEE in Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, 1987, pg. 736 e ss.

[86] Con riferimento alla nozione di merce, la Corte ha invece precisato che essa debba riferirsi a qualsiasi prodotto pecuniariamente valutabile che possa formare oggetto di transazioni commerciali, Corte di giustizia, 10.12. 1968, causa 7/68, Racc. 1968, 561, Commissione/Italia.

[87] Corte di giustizia, 12 luglio 1973, Geddo, causa 2/73.

La Corte in numerose sentenze ha ritenuto di poter far rientrare nella nozione di restrizione quantitativa sia le disposizioni che vietano del tutto l'importazione e l'esportazione di una certa merce, sia i provvedimenti che vietano l'importazione o l'esportazione di una merce oltre un certo quantitativo[88].

Per quanto concerne, invece, le **misure a effetto equivalente alle restrizioni quantitative**, occorre distinguere tra misure all'importazione e misure all'esportazione.

a) Con riguardo alle prime, la Corte, nella celebre sentenza *Dassonville*, ha identificato le misure di effetto equivalente in "*ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi comunitari*"[89]

Il divieto ha dunque una portata generale. La sua applicazione non è, in primo luogo, condizionata ad una riduzione effettiva degli scambi, ma al solo fatto che la misura, indipendentemente dal fatto che sia discriminatoria o no e che abbia intenti protezionistici, rappresenti, anche potenzialmente, un aggravio non giustificato per gli imprenditori e per ciò stesso un ostacolo al commercio tra i Paesi membri. Così si è affermato che non è necessario accertare che le misure in questione riducano di fatto le importazioni dei prodotti considerati, ma è sufficiente che esse abbiano un effetto potenziale di

[88] Ad esempio il divieto assoluto di importare prodotti pornografici s. 414 Henn e Darby, causa 34/79.

[89] Corte di giustizia, causa C-8/74, Racc, 1974, 837, Dassonville, punto 5.

ostacolo alle importazioni, nel senso che le importazioni potrebbero essere effettuate se quei provvedimenti non ci fossero e che il divieto permane anche quando nella prassi le misure non vengono applicate ai prodotti importati. Del pari, non è necessario che il provvedimento nazionale riduca sensibilmente gli scambi intracomunitari, ricadendo nel divieto anche una misura che si esaurisca in un ostacolo lieve ed anche quando vi siano altre possibilità di smercio del prodotto.

Si tratta in genere di misure che colpiscono in modo esclusivo i prodotti importati **(cd. "misure distintamente applicabili")**[90] . Tuttavia, nella sentenza *Cassis de Dijon*[91] (vedi *infra* par. 1.2) la Corte ha ritenuto che vi potessero essere misure di effetto equivalente anche senza discriminazione tra prodotti importati e prodotti nazionali ("misure indistintamente applicabili").

In particolare, **le misure indistintamente applicabili** possono essere considerate misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative quando, pur essendo applicate sia ai prodotti interni che ai prodotti importati, rendano impossibile o più difficile lo smercio di questi ultimi, in quanto non tengono conto dei costi di trasporto, di

[90] Per citare qualche esempio su cui si è originariamente concentrata l'attenzione della Corte, le norme che subordinano l'importazione al rilascio di un'apposita licenza (sent. 30 novembre 1977, Cayrol, causa 52/77) o la sottoposizione della merce importata a controlli sanitari sistematici alla frontiera (sent. 8 novembre 1979, Denkavit Futtermittel, causa 251/78) essendo capaci di avere effetti discriminatori.

[91] Rewe Zentrale, causa 120/78, sentenza 20 febbraio 1979

cambio e degli oneri aggiuntivi che essi sopportano nel passare le frontiere[92].

La mancanza di armonizzazione comunitaria delle normative non può giustificare questo atteggiamento che equivale ad ostacolare la libera circolazione, il che induce la Corte a stabilire il principio per cui *"qualsiasi prodotto legalmente fabbricato e commercializzato in uno Stato membro, conformemente alla normativa e ai procedimenti di fabbricazione legali e tradizionali di questo paese, deve essere ammesso sul mercato di qualsiasi altro Stato membro[93]"*.

b) Con riguardo alle misure ad effetto equivalente alle esportazioni, invece, è bene osservare come la Corte sia giunta a delle conclusioni particolari facendovi rientrare solo le norme distintamente applicabili e cioè limitando la sanzione dell'illegittimità a quelle misure che hanno per oggetto o per effetto di restringere specificatamente le correnti di esportazione, richiedendo un elemento di discriminazione a

---

[92] Questo effetto è frequente, in primo luogo, per quanto riguarda la normativa in materia di controllo dei prezzi, sia quando il blocco dei prezzi o il prezzo massimo fissato costringerebbe gli importatori a vendere il prodotto in perdita, sia quando il prezzo minimo fissato neutralizza il vantaggio che gli importatori sperano di ottener dai minori costi di produzione che sono riusciti a realizzare rispetto ai produttori interni. V., G. Tesauro, op. cit., N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, in N. LIPARI- I. MUSU (a cura), *La concorrenza tra economia e diritto*, cit., 34 ss

[93] E' il principio del **riconoscimento reciproco** da parte degli Stati delle loro rispettive normative in mancanza di armonizzazione.

Per evitare l'insorgere di nuovi ostacoli, una direttiva del 1983 (attualmente sostituita dalla direttiva 98/34 del 22 giugno 1998) ha obbligato gli Stati membri ad informare la Commissione di tutti i loro progetti di norme tecniche. Gli organismi nazionali di normalizzazione, a loro volta, devono trasmettere i propri programmi e progetti di norme.

favore dei prodotti venduti sul mercato interno.[94] Ha invece escluso le misure indistintamente applicabili.

Questo orientamento ha resistito nonostante si sia fatta valere da più parti[95] – giustamente – l'opportunità di mantenere la sintonia di interpretazione tra l'articolo 28 (divieto di restrizioni quantitative all'importazione) e l'articolo 29 TCE (divieto di restrizioni quantitative all'esportazione). Ad esempio l'articolo 29 non impedisce agli Stati membri di emanare regolamentazioni tecniche applicabili indistintamente ai prodotti destinati all'esportazione verso altri Paesi membri. Ciò che la disposizione vieta, infatti, è la misura che sfavorisce le esportazioni, non anche quella che, come parte generale di un sistema di adempimenti o di controlli, di fatto le riduce.

Infine, si deve ricordare che il Trattato prende in considerazione una serie di interessi pubblici la cui protezione giustifica deroghe al principio di libera circolazione delle merci, consentendo l'imposizione di divieti all'importazione, all'esportazione e al transito. Essi sono menzionati nell'art. 30, che indica:

- motivi di moralità pubblica,

---

[94] Ne costituisce un esempio tipico la subordinazione delle esportazioni all'ottenimento di particolari licenze o certificati di conformità.

[95] G.TESAURO, cit., pg. 382; N. RANGONE, *Principi comunitari e disciplina interna della concorrenza: l'abuso della posizione dominante in un'analisi per casi*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995, pg. 1328 ss. ; L. AMMANNATI, *Concorrenza in Europa*, CEDAM, 1998;APPIANO, E. M., *Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 3, 1994, pg. 317.

- motivi di ordine pubblico,
- motivi di pubblica sicurezza,
- motivi di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali,
- motivi di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale,
- motivi di tutela della proprietà industriale o commerciale.

Tuttavia, in base al Trattato, tali divieti o restrizioni non devono costituire "*un mezzo di discriminazione arbitraria*", né finire col determinare "*una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*" (art. 30 TCE). Inoltre, trattandosi di disposizione derogatoria rispetto al regime generale, deve essere oggetto di una interpretazione restrittiva e proporzionata in relazione allo scopo perseguito e l'elenco di interessi che possono giustificare la deroga deve essere inteso in senso tassativo, cioè a dire che gli Stati non possono addurre altre motivazioni al di fuori di quelle prefigurate, tutte di natura non economica.

1.2 *I principi della giurisprudenza comunitaria.*

La giurisprudenza della Corte di giustizia, nell'ambito della libera circolazione delle merci, si è espressa con riferimento a tre temi:

- le condizioni di compatibilità delle misure indistintamente applicabili con le regole del mercato unico;

- il principio del "reciproco riconoscimento";
- le modalità di commercializzazione delle merci.

Per quel che riguarda le **misure indistintamente applicabili** (le quali, come visto, pur se neutre rispetto al rapporto tra prodotti nazionali e prodotti importati, di fatto producono l'effetto di ridurre le importazioni e con esse la commercializzazione dei prodotti importati) secondo la Corte esse possono rivelarsi contrarie al TCE se, di fatto, sono idonee a provocare una restrizione degli scambi[96].

Tuttavia, fin quando non vengano emanate normative comunitarie di armonizzazione, il TCE non impedisce agli Stati membri di adottare discipline di carattere generale che, pur essendo in teoria idonee a restringere di fatto gli scambi intracomunitari, soddisfino una serie di requisiti. Per risultare legittime le misure nazionali devono essere: in primo luogo, non direttamente discriminatorie ed inadatte ad impedire o ad ostacolare direttamente la libera circolazione delle merci tra gli Stati membri; in secondo luogo, giustificate da ragioni di interesse generale (per esempio la tutela del consumatore, la protezione dei lavoratori, della proprietà intellettuale, ecc.); in terzo luogo, necessarie ed adeguate in relazione allo scopo perseguito; in quarto luogo non devono imporre condizioni che replichino in sostanza, condizioni già soddisfatte nel paese d'origine; infine, deve sussistere una proporzione tra lo scopo perseguito e le restrizioni imposte, nel senso che queste

[96] Corte di giustizia, causa 407/85, Racc, 1988, 4233, Drei Glocken; E. Moavero Milanesi, Diritto della concorrenza dell'Unione Europea, Editoriale scientifica, Napoli, 2004 pg. 199 ss. M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, op. cit.

ultime devono essere le meno limitative possibile delle libertà stabilite dal TCE[97]. In presenza delle condizioni appena menzionate sembrano venir meno i presupposti per ricondurre una determinata normativa nel concetto di "misura equivalente ad una restrizione degli scambi"[98].

Passando ora al **principio del "reciproco riconoscimento"**, è opportuno ricordare che le sue origini sono da ricondurre al problema delle istituzioni comunitarie di armonizzare i livelli qualitativi in tutti i paesi appartenenti all'Unione, così da evitare attriti fra le diverse legislazioni. Le enormi difficoltà incontrate, sia per la mole impressionante di lavoro, sia per l'incapacità di trovare un punto di incontro tra tutti gli Stati, ha condotto la Corte ad una repentina "sterzata". Nella storica sentenza "*Cassis de Dijon*"[99] la Corte ha sancito il principio del mutuo riconoscimento in materia economica ossia che, in assenza di una disciplina uniforme o armonizzata a livello comunitario, tutte le disposizioni nazionali devono ritenersi ugualmente rispettose della salute e delle esigenze del consumatore per cui va

---

[97] Cfr. G. HARTMANN, *Osservazioni sulla definizione dei concetti di "imprese pubbliche", "servizi di interesse generale", "interesse della Comunità"nell'art. 90 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, pg. 75.

[98] Tra le principali sentenze riguardanti il principio del reciproco riconoscimento e le misure indistintamente applicabili si veda: C. giust. 11.07.1974, causa 8/74, Racc, 1974, 837, Dassonville; 13.11.1977, causa 13/77, Racc, 1977, 2115, Inno/Atab; 24.01.1978, causa 82/77, Racc, 1978, 25, Van Tiggee; 20.02.1979, causa 120/78, Racc, 1979, 649, Rewe Zentral, "Cassis de Dijon"; 14.07.1988, causa 407/85, Racc, 1988, 4233, Drei Glocken; 14.07.1988, causa 90/86, Racc, 1988, 4285, Zoni; sulle misure indistintamente applicabili v. anche la direttiva della Commissione 22.12.1969, n. 70/50, "Soppressione delle misure d'effetto equivalente restrizioni quantitative"; sul reciproco riconoscimento si veda anche la comunicazione interpretativa della Commissione sulla sentenza Cassis De Dijon).

[99] Rewe Zentrale, causa 120/78, sentenza 20 febbraio 1979

applicata esclusivamente la legislazione del paese di appartenenza e sono tollerati i cd. ostacoli tecnici solo per il soddisfacimento di esigenze imperative connesse all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute, alla concorrenza nell'attività commerciale, alla difesa dei consumatori, secondo un criterio generale di ragionevolezza e soprattutto di proporzionalità[100].

Da tale sentenza discende che uno Stato membro non può vietare la vendita sul proprio territorio di un prodotto legalmente fabbricato in un altro Stato membro, nemmeno qualora le prescrizioni tecniche o qualitative differiscano da quelle imposte ai suoi prodotti nazionali. Lo stesso principio si applica in materia di servizi.

E' appena il caso di ricordare che l'applicazione della giurisprudenza *Cassis de Dijon* ha condotto a considerare vietate dall'art. 28 del Trattato numerose legislazioni nazionali che esigevano il rispetto di particolari regole tecniche da parte dei prodotti importati, con particolare riferimento alle norme vigenti per determinati prodotti alimentari tipici del Paese importatore.

Tale giurisprudenza, di cui non è possibile dare conto per intero, comprende le note pronunce relative alla commercializzazione dell'aceto non di vino e della pasta di grano tenero in Italia, della birra

[100] La verifica, è bene precisarlo, non coincide con quella prefigurata dall'art. 30 in relazione alle deroghe all'art. 28, ma rappresenta piuttosto un limite intrinseco all'applicazione dello stesso art. 28 e alla nozione stessa di misura di effetto equivalente vietata da tale disposizione. Sul principio del mutuo riconoscimento cfr. L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006.

in Germania, del latte in polvere e dello yogurt in Francia, della margarina in Belgio[101].

In prosieguo di tempo, tuttavia, la giurisprudenza della Corte ha ricevuto un'inversione in quella che era diventata oramai, pur con alcune contraddizioni e discordanze, la sua linea d'azione riguardo soprattutto **le modalità dell'attività commerciale e le condizioni di vendita,** il che ci introduce nel secondo tema oggetto della nostra analisi.

In particolare la sentenza Keck-Mithouard del 24 novembre 1993, ha tracciato una distinzione tra le misure che riguardano le caratteristiche del prodotto e quelle che riguardano le modalità di vendita dello stesso.

Mentre rispetto alle prime si è sostenuta l'applicazione dell'articolo 28, per tutte le misure indistintamente applicabili che riguardano le condizioni di vendita, tale riferimento normativo è stato escluso.

In particolare la Corte ha affermato che l'applicazione ai prodotti provenienti dagli altri Stati membri di disposizioni nazionali intese a limitare o vietare talune modalità di vendita *non può costituire ostacolo agli scambi commerciali, sempreché tali disposizioni valgano*

---

[101] Si vedano a proposito le sentt. 26 giugno 1980, *Gilli*, causa n. 788/79, in Racc., pg. 2071; 10 novembre 1982, *Rau*, causa n. 261/81, in Racc., pg. 3691, punti 12-17; 23 febbraio 1988, *Commissione c. Francia*, causa n. 261/84, in Racc., pg. 763 ss; 14 luglio 1988, *Zoni*, causa n. 90786,in Racc., 4285; 14 luglio 1988, *Smanor*, causa n.298/87, in Racc., pg. 4489, punto 25; 17 luglio 1988, *Dei Glocken*, causa n. 407/85, in Racc., pg. 4233. Per ulteriori riferimenti, si rimanda a *Libre circulation des marchandies*, in *Dictionnaire permanent de droit européen des affaires*, cit., pg. 1722b ss. del 24 novembre 1993 (Cause riunite C-267/91 e C-268/91 sentenza del 24 novembre 1993 in Racc. pg. I-6097).

nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgono la loro attività sul territorio nazionale e sempreché incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico, quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri.[102]

Poiché, dunque, le regolamentazioni nazionali concernenti le modalità di vendita esulano dal campo d'applicazione dell'art. 28 TCE, gli ostacoli eventualmente creati da queste devono essere eliminati attraverso lo strumento dell'armonizzazione. Dunque il suo campo d'applicazione viene allargato e la linea di demarcazione citata si sposta a favore dell'armonizzazione.

Nella sentenza Keck-Mithouard la giurisprudenza chiarisce che misure relative alle modalità dell'attività di vendita e non al prodotto, non preordinate alla disciplina degli scambi, non collegate in alcun modo con la diversità delle legislazioni nazionali e insuscettibili di rendere, direttamente o indirettamente, nella forma o nella sostanza, l'accesso al mercato meno facile per i prodotti importati, non possono farsi rientrare tra le misure ad effetto equivalente a restrizioni quantitative di cui alla fondamentale – e tuttora interamente valida – formula Dassonville.

---

[102] Così le sentt. 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, cause riunite nn. C-267 e C-268/91, in Racc., pg. I-6097; 9 febbraio 1995, *Leclerc*,causa n. C-412/93, in Racc., pg. I-4536, punto 21.

Sul nuovo orientamento della Corte si rimanda, tra gli altri, a R. Wainwright-V. Melgar, *Bilan de l'article30 après vingt ans de jurisprudence: de Dassonville à Keck et Mithouard*, in *Revue du Marchè Commun*, 1994, pg. 533 ss.

Con la giurisprudenza Keck resta pertanto del tutto inalterato anche il criterio del mutuo riconoscimento di cui alla formula Cassis de Dijon, che è fondato, infatti, sul presupposto della diversità delle legislazioni a confronto e che comunque investe le normative sul prodotto (composizione, presentazione) e non l'attività di vendita; mentre si è sgombrato il campo dell'art. 28 da normative nazionali che non investono affatto gli scambi o l'integrazione dei mercati.

Applicando la giurisprudenza Keck, la Corte, fra l'altro, ha ritenuto legittime: le norme sugli orari di apertura dei negozi[103]; le norme sugli orari di apertura delle stazioni di servizio[104]; il divieto di pubblicità televisiva nel settore della distribuzione[105]; l'obbligo di vendere in farmacia latte preconfezionato per neonati[106]; il divieto, per chi non sia un dettagliante munito di apposita licenza, di vendere tabacchi[107].

1.3 *Il rapporto con i diritti speciali ed esclusivi: problemi di compatibilità.*

Alla luce dell'esame sin qui compiuto non è difficile ricondurre la concessione di diritti speciali ed esclusivi, ove essi riguardino l'esportazione, l'importazione, la commercializzazione, la produzione di

[103] Corte di giustizia, 2.06.1994, cause riunite C-69 e 258/93, Racc, 1994, I-1355, Punto Casa.

[104] Corte di giustizia, 2.06.1994, cause riunite C-401/92 e C-402/92, Racc, 1994, I-2199, Tankstation.

[105] Corte di giustizia, 9,.02.1995, causa C-412/93, Racc, 1995, I-179, Leclerc.

[106] Corte di giustizia, 29.6.1995, causa C-391/92, Racc, 1995, I-1621, Commissione/Grecia.

[107] Corte di giustizia, 14.12.1995, causa C-387/93, Racc, 1995, I-4663, Banchero.

un bene, nel novero delle misure contrarie ai principi di libera circolazione. Ciò in quanto l'impresa titolare di detti privilegi sarebbe naturalmente indotta a favorire i prodotti del paese membro cui appartiene soprattutto se potesse, al tempo stesso, produrre la merce ed importarla.

E' bene precisare che i diritti speciali ed esclusivi, anche quando riguardano la commercializzazione di un prodotto, non rappresentano "modalità di commercializzazione" ai sensi della giurisprudenza Keck, soprattutto perché essi non si riferiscono a come, dove e quando deve svolgersi un'attività commerciale, ma piuttosto riservano ad un soggetto la possibilità di svolgere una determinata attività oppure attribuiscono ad un soggetto particolari diritti[108].

C'è poi da considerare che la libera circolazione delle merci può essere ostacolata, oltreché dall'attribuzione di un privilegio da parte della normativa nazionale, dal suo esercizio da parte dell'impresa che ne beneficia (ove tale esercizio finisca col tramutarsi in abuso). Peraltro, distinguere i casi in cui la restrizione derivi direttamente dalla normativa rispetto ai casi in cui a giocare un ruolo importante sia il comportamento dell'impresa privilegiata risulta spesso molto difficile.

In entrambi i casi, tuttavia, non mi sembra dubbia l'applicazione dell'art. 86 § 1, anche se esso indica fra i soggetti destinatari solo gli Stati. Non è superfluo ricordare infatti che le imprese pubbliche e/o titolari di diritti speciali ed esclusivi (e lo stesso discorso vale per quelle

[108] Significativa in merito sembra Corte di giustizia 15.12.1993, cause riunite C-277, C-318 e C-319/91, Racc, 1993, I-6621, Ligur Carni

incaricate di svolgere un servizio di interesse generale) essendo strettamene legate ai poteri pubblici ed alle loro scelte di politica economica, non possono tenere comportamenti incompatibili con le regole di libera circolazione delle merci confidando nella circostanza che dette regole sono indirizzate solo agli Stati membri. Ciò in quanto, nelle situazioni appena descritte, il diritto comunitario guarda all'aspetto sostanziale e considera, in linea di massima, le imprese che sono collegate agli Stati da particolari rapporti destinatarie delle regole del mercato unico, alla stregua degli Stati stessi[109].

Tale ricostruzione sembra già implicita nell'interpretazione estensiva data al concetto di misura di effetto equivalente ad una restrizione degli scambi, ma viene ulteriormente confermata e rafforzata dal disposto del paragrafo 1 dell'art. 86. Pertanto, i comportamenti imprenditoriali di un'impresa privilegiata non possono sottrarsi al vigore delle regole in materia di libera circolazione delle merci, dal momento che ciò che rileva dal punto di vista del diritto comunitario è l'esistenza di una ingiustificata restrizione degli scambi, imputabile, direttamente o indirettamente, ad uno Stato o comunque ad un'autorità di un Stato membro, sia essa centrale o locale. Può trattarsi di una legge o di un atto amministrativo o anche di una prassi burocratica generalizzata. Pensiamo ai controlli sanitari operati al momento e in occasione dell'importazione (per i quali, invero, potrebbe

[109] Si veda in merito Corte di giustizia 12.07.1992, causa C-188/89, Racc. 1990, I-3313, Foster/British Gas.;per la dottrina, fra gli altri Cfr. G. ROSSI, Diritti amministrativo, op.cit, 2005; in L. AMMANNATI, M. A. CABIDDU, P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001, pg. 69 ss.

profilarsi un'ipotesi di ammissibilità ove riconducibili alle ipotesi di deroga ex art. 30), o alle misure che impongono per l'importazione o l'esportazione una documentazione specifica (Commissione/Francia, causa 68/76, sentenza 16 marzo 1977). E ancora ai ritardi frequenti e rilevanti nell'espletamento di procedimenti amministrativi (Commissione/Francia, causa 188/84, sentenza 28 gennaio 1986).

In secondo luogo sono state comprese nella nozione rilevante anche misure non statali: ad esempio quelle poste in essere da un'organizzazione professionale che provvede alla tenuta del relativo albo, da un ente locale; nonché da un organismo privato finanziato dallo Stato[110] .

Al di là di tutto, in base al dettato (sia pure implicito) dell'art. 86 dev'essere comunque ipotizzabile una responsabilità degli Stati membri potendo la concessione o l'esercizio di diritti speciali ed esclusivi risultare misure ulteriormente restrittive della libera circolazione: ad esempio per aver omesso di adeguare le proprie normative ai principi comunitari, in modo da impedire comportamenti restrittivi da parte delle imprese privilegiate.

In questo scenario, il problema fondamentale da risolvere sembra concernere la possibilità di giustificare, sulla base di altre regole contemplate dal diritto comunitario, le restrizioni degli scambi che necessariamente derivano, direttamente o indirettamente, dalla concessione di diritti speciali ed esclusivi.

[110] Commissione/Irlanda, causa 249/81, sentenza 24 novembre 1982.

In proposito deve immediatamente rilevarsi che facendo appello al paragrafo 1 dell'art. 86 non è possibile giustificare restrizioni all'operatività delle regole di libera circolazione delle merci. Infatti, diversamente da quanto poteva sembrare agli albori del diritto comunitario[111], la disposizione in parola non rappresenta affatto una norma derogatoria.

Al contrario, essa, pur ammettendo l'esistenza di certi privilegi, non per questo ne presuppone la legittimità sempre e comunque, ed, in ogni caso, afferma esplicitamene che la concessione di diritti speciali ed esclusivi non deve ostacolare il buon funzionamento del mercato comune.

1.4 *Le direttive della Commissione e le pronunce della Corte di Giustizia. Considerazioni conclusive.*

A chiarimento della problematica in discorso, un contributo fondamentale è fornito dalle vicende inerenti alla liberalizzazione dei mercati dei terminali di telecomunicazioni.

Va ricordato infatti che la Commissione, con direttiva 16. 05 1988, n. 88/301, "Concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni"(cd. Direttiva Terminali), ha affermato che (almeno) nel caso di specie (riguardante, appunto, le apparecchiature terminali

[111] V. sul G. Tesauro, Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n.2 del Trattato CE, in Il diritto dell'Unione Europea, 1996, pg. 719 ss; E. Moavero Milanesi, L'attuazione dell'art. 90 CEE par. 3 e la direttiva della Commissione relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese in Rivista diritto industriale 1981, pg. 302.

di telecomunicazioni), i diritti esclusivi di importazione e commercializzazione risultavano, in quanto tali, incompatibili con le regole di concorrenza e che, nel diritto comunitario, non era possibile individuare ragioni che giustificassero detta situazione.

La Corte adita da alcuni Stati membri, ai sensi dell'at. 230 del TCE, ha sostanzialmente avallato il sentiero intrapreso dalla Commissione[112].

E' importante osservare che nella direttiva e nella sentenza a cui si è appena fatto cenno (almeno in modo implicito) e nelle successive direttive e sentenze riguardanti temi simili (in modo più chiaro) viene riconosciuto che i diritti speciali ed esclusivi che abbiano effetti sulla libera circolazione delle merci possono risultare legittimi, non già sulla base del paragrafo 1 dell'art. 86 (che, di per sé non è una norma derogatoria), ma piuttosto facendo riferimento: al disposto dell'art. 30; oppure alla giurisprudenza comunitaria sulle condizioni di compatibilità delle misure indistintamente applicabili con le regole del mercato unico; oppure alla disposizione di cui al §2 dell'art. 86.

Sempre in relazione alla vicenda della liberalizzazione dei terminali di telecomunicazione, deve segnalarsi che, nel ragionamento delle due Istituzioni Comunitarie protagoniste del caso, acquista notevole rilievo la circostanza che le caratteristiche delle apparecchiature terminali sono tali che solo un regime nel quale sia garantita la libera circolazione e le concorrenza sembra in grado di

[112] Sentenza 19.03.1991, causa C-202/88, Racc, 1991, I-1223, Repubblica di Francia/Commissione, "Terminali"

garantire la soddisfazione della domanda proveniente dal mercato. Tale circostanza di carattere economico sembra evocata, da un lato, per sostenere l'illegittimità di per sé dei diritti speciali ed esclusivi nel caso concreto, e dall'altro per escludere la sussistenza di validi motivi di interesse generale idonei a fondare l'applicabilità, nella fattispecie, di una delle varie eccezioni previste dal diritto comunitario.

Quanto sin qui sostenuto, riguardo l'interpretazione del combinato disposto del § 1 dell'art. 86 con le regole di libera circolazione delle merci, è confermato da diversi casi giurisprudenziali di cui occorre richiamare i passaggi più importanti.

In primo luogo, è doveroso menzionare uno dei passi fondamentali della sentenza Terminali (diritti speciali ed esclusivi nel settore delle apparecchiature terminali di telecomunicazione).

«Può limitare gli scambi intracomunitari e, pertanto, costituire una misura di effetto equivalente (…), il fatto che uno Stato membro conceda diritti esclusivi di importazione e messa in commercio nel settore dei terminali di telecomunicazioni. Infatti, da un lato, l'esistenza di tali diritti priva gli operatori economici, cui non siano riconosciuti, della possibilità di far acquistare i loro prodotti ai consumatori e, dall'altro, la diversità e la tecnicità dei prodotti in questo settore è tale che non è certo che il detentore del monopolio sia in grado di offrire l'intera gamma dei modelli esistenti sul mercato, informare i clienti sullo stato e sul funzionamento di tutti i terminali e

garantire la loro qualità. Giustamente quindi la direttiva 88/301 (…) impone l'abolizione dei suddetti diritti (…)».

In secondo luogo, vanno riferite le considerazioni dei Giudici Comunitari a proposito dei diritti speciali ed esclusivi sulle operazioni di carico e scarico delle merci nei porti marittimi

«21. Per quanto riguarda l'interpretazione dell'art. 28 del Trattato richiesta dal giudice nazionale, è sufficiente rammentare che una normativa nazionale che finisca col facilitare uno sfruttamento abusivo di posizione dominante atto a pregiudicare il commercio intracomunitario è di regola incompatibile con questo articolo, che vieta le restrizioni quantitative all'importazione, nonché qualsiasi misura di effetto equivalente (v. sentenza 16 novembre 1977, Inno, punto 35 della motivazione, causa 13/77, Racc. pg.2155), in quanto tale normativa renda più onerose e pertanto ostacoli le importazioni di merci di provenienza da altri Stati membri.

22. Nella causa principale risulta dagli accertamenti effettuati dal giudice nazionale che lo sbarco delle merci avrebbe potuto essere effettuato dall'equipaggio della nave a costi inferiori e che il ricorso obbligatorio ai servizi delle due imprese titolari di diritti esclusivi ha comportato costi supplementari ed era quindi, a causa delle conseguenze sui prezzi delle merci, atto ad incidere sulle importazioni.

23. Occorre sottolineare in terzo luogo che, anche nell'ambito dell'art. 86, le disposizioni degli artt. 28 e 82 del Trattato hanno

efficacia diretta ed attribuiscono ai singoli dei diritti che i Giudici Nazionali devono tutelare.

24. La prima questione, nei termini in cui è stata riformulata, va quindi risolta nel senso che il combinato disposto dell'art. 86 § 1, e degli artt. 28, 39 e 82 del Trattato CEE osta alla normativa di uno Stato membro che conferisca ad un'impresa stabilita in questo Stato il diritto esclusivo d'esercizio delle operazioni portuali e le imponga di servirsi, per l'esecuzione di dette operazioni, di una compagnia portuale composta esclusivamente di maestranze nazionali[113]*»*

E' anche importante ricordare la sentenza ERT che riguardava un'impresa alla quale, da un lato, era concesso il diritto esclusivo di emettere messaggi televisivi, e, dall'altro era attribuito il potere esclusivo di importare, noleggiare e distribuire materiali e prodotti necessari per la diffusione. In merito la Corte ha stabilito che gli articoli del TCE sulla libera circolazione delle merci "*non ostano alla concessione ad una sola impresa di diritti esclusivi nel settore delle emissioni di messaggi televisivi e all'attribuzione a tal fine del potere esclusivo di importare, noleggiare o distribuire materiali e prodotti necessari per la diffusione, purché non ne consegua una discriminazione tra prodotti nazionali e prodotti importati a danno di questi ultimi*"[114].

---

[113] Corte di giustizia 10.12.1991, causa C-179/90, Racc, 1991, I-5889; Porto di Genova, punti 21 ss.

[114] Corte di giustizia 18.6.1991, causa C- 260/89, Racc. 1991, I- 2925, ERT, punto 2 della massima

Meritevole di una particolare citazione è anche il caso che ha riguardato i diritti esclusivi di trattare rifiuti riciclabili.

« *A norma dell'art. 29 del Trattato sono vietati tutti i provvedimenti nazionali che abbiano lo scopo o l'effetto di restringere specialmente le correnti d'esportazione e di creare in tal modo una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato membro ed il suo commercio d'esportazione, di guisa da garantire un vantaggio particolare alla produzione nazionale o al mercato interno dello Stato interessato.*

Il fatto che uno Stato membro abbia attribuito ad un'impresa un diritto speciale ed esclusivo ai sensi dell'art. 86 paragrafo 1 del Trattato non dispensa lo stesso Stato dall'osservanza delle altre disposizioni di diritto comunitario e, in particolare, di quelle riguardanti la libera circolazione delle merci»[115].

E' inoltre utile accennare al pensiero espresso dalla Corte in relazione ad alcune normative nazionali le quali prevedevano che lo stesso organismo potesse, per un verso, commercializzare e/o produrre gli apparecchi terminali di telecomunicazione e, per altro verso, esercitare le funzioni di omologazione degli apparecchi prodotti da altre imprese. Tale situazione, ad avviso dei giudici comunitari, pone l'organismo in questione in una posizione di conflitto di interessi che può dare luogo ad una misura equivalente ad una restrizione quantitativa alle importazioni (oltre che ad una violazione delle regole

[115] Corte di giustizia 10.3.1983, causa 172/82, Racc, 1983, 555, Oli Usati, punti 2 e 3 della massima.

di concorrenza). Gli Stati membri pertanto devono garantire la neutralità, rispetto agli interessi economici in causa, dell'organismo incaricato di omologare determinate apparecchiature o, quantomeno, garantire che le decisioni in materia siano prese sulla base di norme tecniche prescritte da disposizioni normative e siano impugnabili in sede giurisdizionale[116] .

Infine, deve rilevarsi che raramente i diritti esclusivi di importazione ed esportazione possono sottrarsi ad un giudizio di illegalità. Essi infatti, nella maggioranza dei casi, inducono necessariamente ad operare una discriminazione tra i prodotti importati e quelli nazionali. In proposito, oltre al caso Terminali, devono essere ricordate anche le sentenze riguardanti alcune normative nazionali in materia di diritti esclusivi di importazione ed esportazione di elettricità e gas[117], nelle quali la Corte sembra ritenere che i privilegi in argomento siano incompatibili con le regole di libera circolazione delle merci. Va detto però che i fatti delle cause cui si è appena accennato non vengono esaminati alla luce del § 1 dell'art. 86, ma solo in base agli artt. 28 ss, 31, nonché 86 § 2: infatti è proprio applicando quest'ultima norma che la Corte, nonostante il diverso avviso della Commissione, ha affermato, nella fattispecie, la legittimità, in ultima analisi, dei diritti in questione.

[116] Corte di giustizia 27.10.1993, causa C-92/91, Racc, 1993, I-5383, Taillander; 27.10.1993, cause riunite C-46/90 e C-93/91, Racc. 1993, I-5267, Lagauche; 27.10.1993, causa C-69/91, Racc, I-5335, Decoster

[117] Corte di giustizia 23.10.1997, causa C- 157/94, Racc, 1997, I-5699, Commissione/Paesi Bassi; causa C-158/94, Racc, 1997, I-5789, Commissione/Italia; causa C-159/94, Racc, 1997, I-5851, Commissione/Spagna.

***

In conclusione, con riferimento ai diritti speciali ed esclusivi che incidono sulla libera circolazione delle merci, è importante rilevare che l'approccio della Commissione non sembra del tutto condiviso dalla Corte di giustizia. Infatti, la Commissione, pur non astenendosi dal motivare nel merito, sembra partire dalla presunzione che i diritti speciali e/o esclusivi che riguardino le merci siano, di per sé stessi, in grado di ostacolare gli scambi e quindi incompatibili con il TCE, fermo restando il momento successivo di verifica dell'applicabilità di una o più regole comunitarie che giustificano le restrizioni alla libera circolazione.

Secondo la Corte, invece (nel caso Terminali e soprattutto nei successivi), si deve partire dal presupposto che il semplice fatto di concedere diritti speciali o esclusivi rientri nelle prerogative degli Stati membri. Il TCE vieta, invece, che tale concessione possa provocare una restrizione degli scambi commerciali.

In questa prospettiva, dunque, l'onere della prova spetta a chi ritiene che un determinato privilegio (in quanto tale o nel momento in cui viene esercitato) possa avere effetti sulla libera circolazione delle merci. Solo superato tale scoglio si procederà alla verifica dell'applicabilità delle regole comunitarie che giustificano le restrizioni in parola. Nella pratica, le valutazioni della Corte e della Commissione, riguardo la legittimità o meno dei diritti speciali o esclusivi, solo di rado sono state divergenti, ma almeno formalmente, l'approccio alla problematica delle due Istituzioni Comunitarie non pare identico.

Per quanto si è detto, sembra dunque opportuno e prudente concludere che per risolvere i casi concreti si debbano evitare le presunzioni di ogni genere e procedere ad esaminare attentamente i privilegi concessi dagli Stati, facendo attenzione al loro contenuto, ai loro effetti ed alle caratteristiche del mercato sul quale incidono; solo in seguito a tale analisi, e dopo aver verificato l'applicabilità delle regole comunitarie che giustificano le restrizioni alla libera circolazione, si potrà dire quali misure siano legittime e quali no.

2. DIRITTI ESCLUSIVI E MONOPOLI NAZIONALI A CARATTERE COMMERCIALE (ART. 31 TCE) :

2.1 *Nozione e disciplina dei monopoli nazionali a carattere commerciale.*

A chiusura del capitolo sulla libera circolazione delle merci, precisamente all' art. 31, il Trattato sancisce il principio del riordino dei monopoli nazionali a carattere commerciale fino alla eliminazione di *"qualsiasi discriminazione fra i cittadini comunitari quanto alle condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi".*

In senso economico, un monopolio può essere definito come una situazione caratterizzata dalla presenza su un determinato mercato di

un solo offerente o di un solo cliente (ma in questo caso si parla più specificamente di monopsonio)[118].

Non appare dunque casuale la collocazione di tale norma in coda alle disposizioni sull'abolizione degli ostacoli agli scambi, esaurendosi essa in un'applicazione molto significativa del fondamentale principio della libera circolazione delle merci ed in particolare del divieto di restrizioni quantitative.

L'articolo in parola ha lo scopo di garantire la libera circolazione delle merci e più in generale il mantenimento di un assetto concorrenziale tra le economie degli Stati membri anche quando un determinato prodotto dovesse essere l'oggetto di un monopolio commerciale, in quanto strumento per il perseguimento di un interesse pubblico.

In pratica si vuole scongiurare il pericolo che gli Stati membri violino le regole di libera circolazione delle merci agendo non in prima persona ma indirettamente, attraverso un organismo cui venga attribuito, in qualche modo, il monopolio della commercializzazione di un determinato genere di beni.

L'obbligo di procedere al riassetto dei monopoli riguarda qualsiasi organismo attraverso il quale lo Stato controlli, diriga o influenzi

---

[118] Per la dottrina F. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, op cit, Milano, 1993 e M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, op cit.. F. CAVAZZUTI, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 1974, 13-50.

sensibilmente, anche in fatto, direttamente o indirettamente, gli scambi tra Paesi membri.

Pertanto, perché possano ricadere nel campo di applicazione dell'art. 31 i monopoli devono essere istituiti, o comunque garantiti nella loro esistenza o disciplinati nel loro funzionamento, da precise disposizioni normative nazionali; inoltre devono prevedere o implicare un controllo centralizzato, ed in qualche modo effettivo, delle importazioni e delle esportazioni; infine devono poter dar luogo ad un'alterazione sensibile degli scambi commerciali tra gli Stati membri.

Al contrario, non possono essere esaminati alla luce della norma di cui ora si tratta, quelle regolamentazioni nazionali che prevedano semplicemente la necessità di ottenere dai poteri pubblici una licenza, un'autorizzazione o una concessione e simili per poter svolgere una determinata attività commerciale, almeno nella misura in cui i destinatari di tali atti amministrativi non siano guidati dallo Stato nelle loro scelte e non vi siano impedimenti od ostacoli all'accesso al mercato dei prodotti provenienti da altri Stati membri[119].

L'art. 31, inoltre, riguarda i soli monopoli riferibili agli scambi di merci; in caso contrario si è fuori dal suo campo di applicazione. Da sempre, infatti, la giurisprudenza ha escluso che ad un monopolio di servizi – ad esempio, relativo alla pubblicità commerciale televisiva – sia applicabile la normativa in oggetto.

[119] L'idoneità di un sistema ad impedire od ostacolare l'accesso al mercato dipende, fra l'altro, dal numero dei punti vendita, dai loro orari di apertura e dalla loro libertà di selezionare i prodotti in vendita. Sul tema, tra le altre, v. Corte di giustizia, 4.5.1988, 2479, Bodson; 14.12.1995, causa C-387/93, Racc, 1995, I-4663, Canchero.

La maggior parte dei casi relativi all'art. 31 ha coinvolto e continua a coinvolgere i monopoli statali classici degli Stati membri al loro ingresso nella Comunità, così da imporre loro un riordino – sia pur progressivo (in modo da evitare quelle perturbazioni nel tessuto economico e sociale del Paese) – dei monopoli commerciali.

Ai fini della nostra indagine l'art. 31, investendo più specificamente i diritti esclusivi nell'ambito della circolazione delle merci (non potendosi negare la circostanza che un monopolio commerciale rappresenti una forma peculiare di tali diritti), viene in rilievo in quanto ipotesi particolare di disciplina, rispetto alla più generale previsione dell'art. 86 che invece impone l'eliminazione dei diritti in questione ove in contrasto con qualsiasi norma sulla concorrenza.

A fronte di tale disposizione, dunque, appare opportuno procedere in primis alla verifica di compatibilità con essa delle normative nazionali sui monopoli commerciali e ai suoi rapporti con la libera circolazione delle merci; quindi affrontare, nuovamente, la problematica relativa al rapporto con l'obbligazione contenuta nell'art. 86 § 1 del Trattato, cui sarà dedicato l'ultimo paragrafo.

2.2 *Diritti esclusivi di importazione ed esportazione: profili di compatibilità con l'art. 31 TCE.*

L'art. 31, come visto, non esige la completa abolizione dei monopoli statali di carattere commerciale, ma richiede invece che essi siano riordinati in modo tale da escludere qualsiasi discriminazione con riguardo agli approvvigionamenti e agli sbocchi. Questo riordino può implicare, quando non esistano alternative praticabili, la necessità di sopprimere interamente taluni dei diritti attribuiti ai monopolisti. Il che, in alcuni casi, può determinare il venir meno della stessa ragion d'essere del monopolio; tuttavia, la Corte tende a limitare il suo giudizio alla legittimità dei singoli privilegi, senza entrare nel merito del monopolio in quanto tale.

La Corte ha riconosciuto che le normative che attribuiscono diritti esclusivi di importazione ed esportazione ad un monopolio nazionale sono, in linea di massima, incompatibili con l'art. 31; esse, infatti normalmente danno luogo ad un ostacolo per gli scambi e ad una discriminazione tra le merci e gli operatori dei diversi Stati membri[120] . Parimenti incompatibili con l'art. 31 si rivelano:

[120] Si vedano sul punto le sentenze del 23.10.1997, causa C-157/94, Racc, 1997, I-5699, Commissione/Paesi Bassi; causa C-158/94, Racc, 1997, I-5789, Commissione/Italia; causa C-159/94, racc, 1997, I-5815, Commissione/Francia; causa C-160/94, Racc, 1997, I-5851, Commissione/Spagna

le normative che attribuiscono un monopolio di produzione e un monopolio di importazione allo stesso organismo. Anche in questo caso, infatti, l'ente è indotto ad operare discriminazioni[121] ;

le normative che conferiscono il diritto di fornire un quantitativo minimo di un determinato bene alle imprese nazionali[122] .

Peraltro, deve ricordarsi che, in alcune delle sue pronunce in materia, la Corte ha considerato legittimo ai sensi dell'art. 31, in quanto privo di caratteri discriminatori, un complicato sistema che regolamentava in modo pervasivo la vendita di bevande alcoliche in Svezia[123]. Il sistema controverso consisteva, in sintesi, nell'attribuzione ad una sola società del diritto di gestire i punti vendita e di prendere le decisioni relative all'acquisto dei prodotti alcolici da mettere in commercio. I produttori di bevande alcoliche (svedesi e non) erano abituati a vendere i propri prodotti a tale società (che poi si occupava della vendita al dettaglio) solo passando attraverso un particolare sistema di selezione e previo rilascio di una apposita licenza. Il sistema prevedeva inoltre regole molto restrittive con riguardo alla promozione dei prodotti. L'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, aveva ritenuto discriminatorie, in particolare, le norme relative alla selezione degli alcolici commercializzabili ed alla concessione delle licenze. Agli occhi della Corte invece solo alcuni aspetti del sistema di concessione delle

[121] Corte di giustizia 3.2.1976, causa 59/75, Racc, 1976, 91, Tanghera; 13.12.1990, causa 347/88, Racc, 1990, I-4747, Commissione/Grecia "Petrolio"

[122] C. giust. 13.12.1990, causa 347/88, Racc, 1990, I-4747, Commissione/Grecia "Petrolio"

[123]

Corte di giustizia 23.10.1997, causa C-189/95, Racc, 1997, I-5909, Franzen

licenze risultavano favorire i prodotti nazionali. Detti aspetti, però erano scindibili dal monopolio in quanto tale e non ricadevano quindi nel campo di applicazione dell'art. 31 ma - come si vedrà più specificamente nel paragrafo successivo - nei divieti previsti dall'art. 28.

Ne deriva che, anche in materia di monopoli commerciali, per valutare la legittimità o meno di una normativa nazionale occorre verificare se il titolare del privilegio sia posto oppure no in una situazione in cui sia necessariamente indotto a favorire i prodotti nazionali, violando di conseguenza il Trattato.

2.3 *Monopoli commerciali e libera circolazione delle merci: un rapporto controverso.*

Una questione giuridica di non poco rilievo nella tematica che ci occupa riguarda il rapporto tra l'art. 31 e l' art. 28 ss. del TCE, poiché il primo completa la disciplina della libera circolazione delle merci prevista dal secondo, impedendo agli Stati membri di eludere le norme del Trattato agendo indirettamente, attraverso un organismo cui venga attribuito un monopolio commerciale in grado di influenzare gli scambi intracomunitari. Stabilire se una determinata misura nazionale restrittiva debba essere valutata ai sensi dell'art 28 CE o dell'art. 31 CE non è questione di poco conto. Infatti i diritti esclusivi ritenuti

incompatibili con l'art. 28 CE potrebbero essere esentati ai sensi dell'art. 30 TCE, non così ove ritenuti incompatibili con l'art. 31[124].

Il rapporto che intercorre tra gli articoli appena richiamati è stato chiarito dalla Corte di giustizia per la prima volta nel caso Franzén[125] (v. *supra*, par. 2.2). In quella occasione la Corte, pronunciandosi a proposito di un monopolio previsto dalla legge svedese per la vendita di bevande alcoliche, ebbe modo di precisare che solo le disposizioni riguardanti l'esistenza e il funzionamento di un monopolio dovessero essere esaminate alla luce delle dell'art. 31 del TCE. Invece, per le norme nazionali che, pur disciplinando il monopolio commerciale, avessero avuto diretta incidenza sugli scambi commerciali nel mercato comune, poteva ritenersi applicabile l'art. 28.

Peraltro, in quella occasione la Corte statuì che le norme nazionali esaminate non fossero incompatibili con il diritto comunitario. Al riguardo era stata decisiva la constatazione che le regole di organizzazione del monopolio non pregiudicavano

[124] A favore di questa conclusione deporrebbero alcuni elementi significativi: in particolare il fatto che il testo dell'art. 30 si riferisce esplicitamente ai soli artt.28 e 29 e la circostanza che, per far fronte alle esigenze di cui all'art. 30, non sembra necessario istituire un monopolio e tanto meno mantenere in vigore norme discriminatorie, essendo sufficiente emanare precise regolamentazioni dirette a prevenire la messa in pericolo degli interessi tutelati dallo stesso art. 30. Tuttavia non si può escludere che esigenze relative, per esempio, all'ordine pubblico, alla sicurezza, alla tutela dell'ambiente o della proprietà intellettuale, possano giustificare, in alcuni particolari casi, una deroga all'obbligo di riordinare i monopoli previsti dall'art. 31. Ciò può accadere soprattutto quando il monopolio riguarda qualcosa di più della semplice commercializzazione di alcuni prodotti. (In merito si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Cosmas nei casi decisi il 23 10 1997, riguardanti alcune normative nazionali in materia di diritti esclusivi di importazione ed esportazione di elettricità e gas, cause C-157/94 C-158/94 Racc, 1997, I-5699).

[125] C. giust. 23.10.1997, causa C-189/95, Racc, 1997, I-5909, Franzen

l'approvvigionamento dei consumatori di bevande alcoliche nazionali o importate. Tali regole, secondo il ragionamento della Corte, trovando applicazione indipendentemente dall'origine dei prodotti, non comportavano in se stesse uno svantaggio per le bevande importate dagli altri Stati membri rispetto a quelle prodotte sul territorio nazionale.

Più di recente la Corte è tornata sull'argomento, sempre con riferimento ad un caso svedese (Corte di giustizia, sentenza 5 giugno 2007, C-170/04) . Alcuni residenti svedesi avevano acquistato per corrispondenza una partita di bottiglie di vino in Spagna. Al momento dell'ingresso delle bottiglie nel territorio svedese, le autorità doganali ne avevano disposto il sequestro in quanto l'importazione diretta di bevande alcoliche violava la legge svedese. Questa, oltre a prevedere il monopolio sulla vendita al dettaglio delle bevande alcoliche in favore di *una società pubblica,* ne proibisce anche l'importazione diretta.

Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario della legge in questione, la Corte ha seguito il criterio applicato nella sentenza *Franzèn*, sia pure con un diverso risultato finale.

Il ragionamento seguito dalla Corte è stato il seguente. Se è vero che l'oggetto specifico del monopolio previsto dalla legge svedese è costituito dal conferimento del diritto esclusivo alla vendita al dettaglio delle bevande alcoliche, il divieto ai singoli di importazione delle bevande alcoliche non può essere considerato come relativo

all'esistenza o al funzionamento del monopolio. Infatti, tale divieto non attiene alle modalità di vendita di tali bevande nel territorio svedese.

Quindi la compatibilità con il diritto comunitario del divieto di importazione deve essere valutata sulla base dell'art. 28 TCE.

Alla luce di tale disposizione, la Corte ha quindi rilevato che la legge svedese, riservando l'importazione di bevande alcoliche agli operatori titolari di un'autorizzazione alla fabbricazione o al commercio all'ingrosso, ostacola il commercio tra gli Stati membri. Le bevande alcoliche importate sarebbero quindi gravate da costi supplementari che invece non gravano sulle bevande nazionali, di qui l'incompatibilità con l'art. 28 TCE. Né le misure restrittive potrebbero godere dell'esenzione dell'art. 30, non essendo provata la loro proporzionalità rispetto all'obiettivo della salute pubblica[126].

Peraltro, distinguere le norme nazionali relative all'esistenza ed al funzionamento del monopolio da quelle aventi un'incidenza diretta sul monopolio ma da esso scindibili è, spesso, un esercizio di notevole difficoltà[127].

Significativa in proposito può risultare nel caso appena segnalato la divergenza della Corte rispetto alle conclusioni dell'Avvocato Generale, secondo il quale il divieto di importazione diretta delle

---

[126] Secondo la Corte infatti, sarebbe stato possibile optare per strumenti meno restrittivi per la libera circolazione delle merci, ma non meno efficaci per la tutela degli interessi nazionali, per esempio la Corte accenna alla possibilità di ricorrere all'autocertificazione.

[127] Cfr. R. MONACO, *Mercato interno europeo*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, XX, 1990, 3. ; D. DURANTE, *Concorrenza (diritto comunitario)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento I, 1997, 368 s.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004.

bevande alcoliche non era scindibile dal funzionamento del monopolio. E per il quale l'intenzione del legislatore svedese era quella di canalizzare le vendita di bevande alcoliche esclusivamente attraverso la società pubblica *Systembolaget.* Il divieto di importazione diretta era dunque finalizzato al raggiungimento di tale obiettivo e di conseguenza avrebbe dovuto ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 31 TCE.

2.4. *Monopoli commerciali e art. 86 § 1: problemi di raccordo al vaglio della Corte.*

Anche la ricostruzione dei rapporti che intercorrono tra l'art. 31 e l'art. 86 TCE, §1, non è affatto agevole.

Ad una prima lettura, infatti, la disciplina di cui all'art. 31 TCE – interessando più direttamente la libera circolazione delle merci – sembra presentare un carattere di specialità rispetto al dettato più generale dell'art. 86, § 1, che invece riguarda qualsiasi norma sulla concorrenza.

Peraltro, anche con riferimento a quest'ultimo non sembra potersi escludere, talvolta, la sua applicabilità alle problematiche riguardanti le merci. Ciò accade quando vengono in considerazione problemi relativi alla libera circolazione delle merci, sono presenti diritti speciali ed esclusivi e non sussistono i presupposi per poter applicare l'art. 31.

Queste le conclusioni della "sentenza Terminali" (per cui v. *supra*, in questo capitolo il par. 1.4) in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una direttiva della Commissione avente come base giuridica gli artt. 31 e 86 § 1, ha ritenuto - per la verità senza motivare in merito - di dover fare riferimento solo al § 1 dell'art. 86, letto congiuntamente con le regole di libera circolazione delle merci.

Sulla problematica sembra si debba concludere che è applicabile il § 1 dell'art. 86 da un lato quando ad incidere sulla libera circolazione delle merci siano diritti speciali, dall'altro quando i diritti esclusivi riguardino, almeno in prevalenza, aspetti diversi e/o ulteriori rispetto alla commercializzazione del prodotto.

Possono però verificarsi delle situazioni particolari in cui un monopolio sulla prestazione di determinati servizi può influire sugli scambi di merci o viceversa. Per esempio, la concessione di diritti esclusivi nel settore dei servizi funebri può incidere sulla commercializzazione dei feretri[128]. Similmente, i diritti esclusivi riguardanti ad esempio l'esportazione, l'importazione, la produzione, la commercializzazione di merci quali le apparecchiature terminali di telecomunicazioni, possono incidere sul mercato collegato dei servizi di installazione e di manutenzione delle apparecchiature (in questo senso la "direttiva Terminali").

In casi del genere, secondo la giurisprudenza comunitaria, spesso si può fare riferimento al principio di prevalenza, per cui si applicano

[128] Corte di giustizia 4.5.1988, causa 30/87, Racc, 1988, 2479, Bodson.

esclusivamente le norme in materia di libera circolazione delle merci se l'erogazione del servizio è strumentale (ed in qualche modo subordinata) alla fornitura della merce[129], viceversa nel caso inverso.[130]

Dunque, dall'applicazione del principio di prevalenza può derivare l'attrazione di un caso nella sfera di influenza dell'art. 31 oppure in quella dell'art. 86 §1 .

In definitiva, per risolvere i problemi di coordinamento tra gli articoli in esame sembrerebbe corretto verificare, situazione per situazione, in un primo momento, se sussistono gli elementi per poter applicare l'art. 31, in un secondo momento, se sussistono gli elementi per poter applicare il § 1 dell'art. 86, letto congiuntamente con le regole di libera circolazione delle merci. Tale analisi potrà condurre a riconoscere nella fattispecie l'applicabilità di una sola o di entrambe le norme in parola, fermo restando, in quest'ultimo caso, la possibilità di applicare il principio di prevalenza.

Considerazioni di diversa natura valgono invece con riferimento ai rapporti tra l'art. 31 ed il § 2 dell'art. 86[131]. Infatti la Corte di giustizia (nelle più volte citate sentenze del 23.10.1997, riguardanti alcune normative nazionali in materia di diritti esclusivi di importazione ed esportazione di elettricità e gas), nonostante la posizione contraria della Commissione, sembra aver chiarito che l'eccezione prevista dal TCE in favore delle attività di interesse generale rappresenta una base

[129] Si vedano in merito le più volte citate sentenze del 23 10 1997, riguardanti alcune normative nazionali in materia di diritti esclusivi di importazione ed esportazione di elettricità e gas).

[130] V. Corte di giustizia 24.03.1994, causa C-275/92, Racc, 1994 I-1039, Schindler.

[131] Per un esame più approfondito si rimanda al IV cap.

giuridica idonea a giustificare tanto le legislazioni nazionali contrarie all'art. 28 quanto quelle contrarie all'art. 31 TCE.

3. LA DISCIPLINA DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI (ARTT. 49-55 TCE) E IL RAPPORTO CON I DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI:

3.1 *Le regole del Trattato sulla libera circolazione dei servizi.*

Anche la libera circolazione dei servizi può essere messa in discussione dalla concessione o dall'esercizio di diritti speciali ed esclusivi.

In merito va subito rilevato che, anche se non è possibile trasporre automaticamente alla libera circolazione dei servizi quanto si è detto con riguardo alla libera circolazione delle merci, sembra tuttavia che molti principi siano validi per l'una come per l'altra materia.

Preliminarmente è opportuno ricordare, per sommi capi, la disciplina dettata dal TCE con riferimento alla libera circolazione dei servizi, che completa la libertà di circolazione dei lavoratori autonomi all'interno dell'Unione[132].

La prestazione di servizi, che si suole distinguere rispetto al diritto di stabilimento, si realizza nel caso in cui il prestatore si trovi in uno

[132] G. TESAURO, *Diritto comunitario*, op. cit., 2004.

Stato membro diverso da quello in cui la prestazione deve essere fornita e può avvenire o con spostamento del prestatore o del destinatario o senza spostamento di entrambi.

La differenza tra le due ipotesi deriva, semplificando al massimo, dalla durata della prestazione nel tempo e dall'organizzazione che il prestatore deve affrontare per fornire il servizio nello Stato di destinazione. Vi sarà stabilimento quando una persona od un' impresa si trasferisce in un altro Stato membro ove, attraverso l'uso o la costituzione di un ufficio, una sede secondaria, una filiale, un'agenzia etc., svolga la sua prestazione in maniera sostanzialmente continuativa o comunque per un periodo sufficientemente lungo, commisurato al tipo di prestazione.

Vi sarà libera circolazione se la persona o l'impresa si trasferiscono nello Stato di accoglimento al solo scopo di effettuare una prestazione, anche ripetuta ed anche ove preveda un certo protrarsi nel tempo, ma senza per questo stabilirsi nello Stato.

Quanto alla nozione di "servizi" essa non può contare su una definizione diretta – lo stesso art. 50 TCE ne contiene infatti una formulazione al negativo[133] – e attraverso la giurisprudenza della Corte è possibile definirla come nozione residuale rispetto allo stabilimento. Così mentre quest'ultimo implica la partecipazione permanente alla vita economica di uno Stato, la prestazione di servizi si caratterizza in

[133] *"Sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone"*

quanto comporta l'esercizio solo temporaneo ed occasionale in un altro Stato membro di un'attività non salariata (occorre tuttavia che si tratti di una prestazione effettuata, almeno in via di principio, dietro retribuzione[134]).

Di conseguenza, rispetto a quella dei soggetti stabiliti, la posizione dei cittadini che si avvalgono della libera prestazione di servizi è gravata da obblighi molto meno rigidi. Infatti, mentre il soggetto stabilito viene ad integrarsi nell'ordinamento dello Stato ospitante e, pertanto a soggiacere in misura più intensa alle sue norme, il prestatore o destinatario del servizio al contrario conserva il proprio legame con lo Stato d'origine (si ammette comunque che anche il prestatore di un servizio possa avere un ufficio per svolgere le proprie funzioni nello Stato membro ospitante).

Muovendo da tali premesse la disciplina dei servizi prevista dal Trattato è piuttosto sintetica, nel senso che essa si limita a definire i principi essenziali della materia affidando alle istituzioni comunitarie il compito di emanare provvedimenti necessari ad attuare o facilitare la realizzazione della liberalizzazione.

In particolare, l' art. 49 TCE vieta agli Stati membri di introdurre restrizioni alla libera circolazione dei servizi. Lo scopo è quello di

[134] La giurisprudenza della Corte al riguardo ha fornito alcune precisazioni anzitutto nel senso che la retribuzione va identificata con il corrispettivo della prestazione, generalmente convenuto tra il prestatore ed il destinatario del servizio; Humbel, causa 263/86, sentenza 27 settembre 1988, Racc. pg. 5365, punto 17. La Corte ha peraltro chiarito, sia pure in un contesto diverso, che non è configurabile l'ipotesi di prestazione di servizio in assenza di pattuizioni tra le parti e nelle misura in cui il compenso ricevuto dal prestatore non costituisca il controvalore del servizio prestato; Tolsma, causa C-16/93, sentenza 3 marzo 1994, Racc. pg. I-743, punti 14-19.

consentire a chi desidera prestare un servizio a titolo temporaneo, in uno Stato diverso da quello in cui risiede, di operare alle stesse condizioni che tale Stato impone ai propri cittadini.

L'art. 50 del TCE precisa quali sono le attività riconducibili al concetto di servizi indicando, a titolo esemplificativo:

a) attività di carattere industriale,

b) attività di carattere commerciale,

c) attività artigiane,

d) attività delle libere professioni.

In sostanza, la nozione di servizio comprende ogni attività economicamente rilevante che si traduca principalmente in una prestazione e non in uno scambio di beni: da qui il carattere residuale rispetto alle altre libertà consacrate dal Trattato e alle regole del mercato unico.

Normalmente, distinguere le attività che vanno considerate servizi da quelle riconducibili agli scambi di merci ed al lavoro salariato non importa particolari sforzi.

Uno dei presupposti più rilevanti per l'applicabilità degli artt. 49 ss. è rappresentato dal carattere transfrontaliero della prestazione. Ciò significa che il prestatore deve essere stabilito in un Paese diverso da quello in cui risiede il destinatario o, comunque, deve trattarsi di una situazione i cui elementi non si esauriscono all'interno di un solo Stato membro (i casi tipici sono, ad esempio, quello del libero professionista che svolge un'attività di consulenza o di progettazione in uno Stato

diverso da quello in cui ha il suo studio; quello dell'albergatore che ospita turisti stranieri; quello della società di assicurazione che assicura un bene localizzato in un altro Paese membro, quello della banca che offre un servizio in Paese diverso da quello in cui è localizzata o comunque a non residenti[135]).

Destinatari delle norme in esame sono ancora una volta i pubblici poteri in tutte le loro manifestazioni e ramificazioni.

Oggetto del divieto è l'adozione di qualsiasi misura che si traduca in una restrizione alla libera circolazione dei servizi. Esse possono consistere, in primo luogo, in misure discriminatorie in relazione alla nazionalità o la residenza del prestatore ed, in secondo luogo, in misure che – pur non essendo discriminatorie sul piano formale, in quanto indistintamente applicabili ai cittadini ed agli stranieri – di fatto si risolvono in una restrizione della libertà in parola, spesso più vistosa.

La conseguenza è che il trattamento nazionale è solo il parametro minimo della legittimità delle restrizioni, ma non sempre sufficiente a renderle compatibili con quanto richiesto dal diritto comunitario. Se così non fosse, un'applicazione puramente meccanica del principio del trattamento nazionale potrebbe condurre comunque a restringere in modo ulteriore la prestazione di servizi e ad equiparare in modo

[135] Si veda in merito, soprattutto Corte di giustizia 26.2.1991, causa C-180/89, Racc, 1991, I-709, Commissione/Italia "Guide Turistiche"

arbitrario il regime della libertà di stabilimento a quello proprio dei servizi[136].

Più in generale la giurisprudenza è orientata nel senso di ritenere integranti una violazione delle regole di cui si tratta:

«*non solo le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza del prestatore, ma anche qualsiasi forma di restrizione dissimulata che, sebbene basata su criteri in apparenza neutri, produca in pratica lo stesso risultato*»[137].

Ed infatti, come precisato nella sentenza *Sager*, l'art. 49 richiede «*la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi*»[138].

---

[136] G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988 J.E. STIGLITZ, *The Economic Role of State* (1989), traduz. it. Il *ruolo economico dello stato*, Il Mulino, Bologna,2002. 86 ss.

[137] Corte di giustizia 3.2.1982, cause 62-63/81, Racc, 1982, 223, Seco, punto 8 della massima; Guiot, causa C-272/94, 28.3 1996, Racc. pg. I-1905, punto 10. Una ricognizione della ricordata giurisprudenza della Corte è stata operata dalla Commissione nella Comunicazione sulla libera circolazione dei servizi, in GUCE C334 del 9 dicembre 1993.

[138] Sager, causa C-76/90, sentenza 35 luglio 1991, Racc.p I4221, punto 12; Reiseburo Broesde, causa 3/95, sentenza 12 dicembre 1996, Racc. pg. I-6511, punto 25; Syndesmos, causa C-398/95, sentenza 5 giugno 1977, Racc., pg. 1-3091, punto 16.

Va tuttavia precisato che inizialmente si era escluso che misure indistintamente applicabili non discriminatorie potessero, in assenza della prescritta armonizzazione, essere dichiarate incompatibili con le norme sulla prestazione dei servizi. In particolare, a proposito di una normativa nazionale che vietava la possibilità di diffondere messaggi pubblicitari, la Corte rilevò che l'applicazione di legislazioni recanti normative di tale tipo *"non si può considerare costitutiva di una restrizione della libera prestazione dei servizi, nella misura in cui queste legislazioni trattino in modo identico tutte le prestazioni del settore, qualunque sia l'origine e*

La sentenza in questione è considerata il *leading case* dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alla libera circolazione dei servizi. Gli orientamenti in essa contenuti sono stati "positivizzati" nella famosa direttiva Bolkestein[139], che sul piano tecnico giuridico non opera strappi traumatici nella disciplina in questione, limitandosi a esplicitare e sistematizzare gli approdi della giurisprudenza evolutiva sulla libera prestazione dei servizi. (per i quali v. *infra* par. 3.3).

3.2 *Il rapporto con i diritti speciali ed esclusivi: profili di compatibilità alla luce delle deroghe del TCE.*

Alla luce della disciplina sin qui esaminata sembra plausibile ritenere che la concessione di diritti speciali ed esclusivi con riguardo ad uno o più servizi possa facilmente rappresentare una misura restrittiva della libera circolazione. Infatti, da un lato la presenza di diritti esclusivi, riservando ad un numero limitato di soggetti la

qualunque sia la nazionalità o il logo di stabilimento dei prestatori"; Debauve, causa 52/79, sentenza 18 marzo 1980, Racc. pg. 833 punto16

[139] Direttiva 2006/123/CE. Essa si fonda sul presupposto di mutua fiducia degli ordinamenti giuridici, ossia il riconoscimento che tutti gli ordinamenti degli Stati membri sono tali da garantire di per sé l'esercizio delle professioni e la fornitura dei servizi e che, quindi, la prestazione che è riconosciuta nello Stato d'origine come validamente effettuata dovrebbe essere tale anche nello Stato di destinazione. L'obiettivo della direttiva è stato quello di creare un vero e proprio mercato interno dei servizi attraverso la riduzione degli oneri amministrativi e degli intralci burocratici, al fine di raggiungere una maggiore mobilità transfrontaliera ed uno stimolo alla concorrenza (es. introduzione del principio del silenzio assenso e limitazione dell'obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile) .

possibilità di prestare determinati servizi, impedisce alla imprese che non ne beneficiano (comprese naturalmente quelle stabilite in altri Stati membri) di proporsi sul mercato. Dall'altro l'attribuzione di diritti speciali, ponendo una o più imprese nella possibilità di svolgere la propria attività in condizioni di particolare vantaggio, limita gravemente l'accesso al mercato.

Peraltro la compatibilità dei diritti in questione, se può essere esclusa con riferimento alle regole sin qui considerate, richiede di essere valutata in rapporto alle norme derogatorie della libera prestazione di servizi, le quali contemplano l'esclusione della disciplina fin qui esaminata per le attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri o comunque ove giustificata da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità (secondo il combinato disposto degli artt. 55 e 46).

Innanzitutto, sul piano delle eccezioni consentite, va sottolineato che tra le misure distintamente applicabili e quelle indistintamente applicabili (*per cui v. supra par. 3.1*) c'è una differenza sostanziale. Le prime infatti sono compatibili solo se possono farsi rientrare in una deroga espressamente prefigurata dal Trattato: ad esempio dall'art. 55 TCE, per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità. Ed è appena il caso di precisare che, in quanto norma derogatoria, quella ricordata, è di stretta interpretazione, sì che non comprende gli scopi di natura economica di una misura restrittiva[140].

[140] Bond. C- 352/85, sentenza 26 aprile 1988, Racc. pg. 2085, punti 32 e 33.

Per quanto riguarda invece le misure restrittive indistintamente applicabili, anche qualora non discriminatorie, neppure di fatto, la Corte ha comunque insistito sul carattere eccezionale delle possibilità di deroghe apportabili alla libera prestazione dei servizi[141]. Essa ha infatti affermato[142] che la libertà in questione, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata unicamente:

- da normative giustificate dall'interesse generale e che si applicano a ogni persona o impresa che eserciti un'attività sul territorio dello Stato destinatario[143];
- nella misura in cui tale interesse non sia salvaguardato da regole alle quali il prestatario è sottoposto nello Stato membro in cui è stabilito[144];

---

[141] Sotto un profilo parzialmente diverso, si deve appena notare che, nell'ambito delle problematiche inerenti i diritti speciali ed esclusivi, dal punto di vista concettuale, è lecito nutrire dei dubbi in ordine alla possibilità di fare riferimento alla giurisprudenza comunitaria sulle condizioni di compatibilità delle misure indistintamente applicabili con le regole del mercato unico.

Infatti un diritto speciale ed esclusivo sembra, per definizione, una misura "distintamente" applicabile. Si argomenta, tuttavia che i privilegi in parola sarebbero misure "indistintamente" applicabili in quanto, fatta eccezione per l'impresa privilegiata, escludono sia le imprese nazionali che quelle estere dalla possibilità di svolgere in condizioni accettabili una determinata attività. L'argomentazione da ultimo ricordata sembra trovare un appiglio nella sentenza Van Ameyde (Corte di giustizia 9.6.1977, causa 90/76, Racc, 1977, 1091), mentre parrebbe attesa nella più recente Commissione/Paesi Bassi "Mediawet" (C. giust 25.7. 1991, causa C-353/89, Racc. 1991, I-4069).

[142] Tra le altre, Corte di giustizia, 3.10.2000, causa C-58/98. Corsten, Racc. pg. I-7919.

[143] La nozione di interesse generale è stata fin dall'inizio utilizzata dalla Corte in relazione alle, e tenuto conto delle, speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi. V. ad esempio Van Binsbergen, 3.12.1974, causa 33/74, Racc. , pg.1299.

[144] In questo senso v. ad esempio Van Wesmael, 18 gennaio 1979, cause 110 e 111/78, Racc. 1979, pg. 35

- infine, se le normative in questione sono obiettivamente necessarie per il raggiungimento dello scopo perseguito (interesse generale) e a condizione che lo stesso risultato non possa essere ottenuto mediante regole meno restrittive[145].

Ne consegue che è possibile derogare al principio fondamentale della libera circolazione dei servizi solo quando tali condizioni siano cumulativamente soddisfatte. Come si vede la Corte ha in definitiva applicato la formula *Cassis de Dijon* utilizzata in tema di misure restrittive degli scambi di merci, prima implicitamente e in seguito con maggiore chiarezza. L'elaborazione esplicita di un tale approccio è avvenuta fra le altre nella sentenza Laara[146], in cui la Corte si è pronunciata positivamente sulla possibilità per una normativa nazionale di apportare deroghe alla libera prestazione di servizi, mediante –appunto – la concessione di diritti speciali ed esclusivi.

In particolare, in tale occasione, tra i motivi riconosciuti come rilevanti ai fini della deroga, si indicano la tutela dei consumatori e dell'ordine sociale; nel merito, peraltro è assai discutibile che una normativa nazionale che attribuisce ad un solo organismo pubblico i diritti esclusivi relativi all'esercizio degli apparecchi automatici per

[145] E' questa una applicazione classica del principio di proporzionalità, sulla cui base, ad esempio , nella sentenza Van Binsbergen, , punto 16, la Corte ha ritenuto che il buon funzionamento della giustizia, interesse generale invocato nella specie per giustificare le limitazioni alla libera prestazione di servizi, poteva essere realizzato mediante misure meno restrittive che non l'obbligo di residenza permanente, come ad esempio attraverso l'elezione del domicilio per le comunicazioni giudiziarie. Si v.inoltre Gouda, 25.7.1991, causa C-288/89, Racc., pg. I-04007.

[146] Causa C-124/97, sentenza 21 settembre 1999, Racc., pg. I-6067, punti 31 e seguenti.

giochi d'azzardo sia proporzionata agli scopi di interesse generale rappresentati come giustificazione della deroga ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato[147].

Peraltro, nella sentenza Gouda la Corte ha operato una utile ricognizione, esemplificativa, delle "esigenze imperative connesse all'interesse generale" in relazione alle quali misure restrittive sono state riconosciute compatibili con il diritto comunitario: norme professionali intese a tutelare i destinatari di un servizio, la tutela della proprietà intellettuale, la tutela dei lavoratori e del consumatore, la conservazione del patrimonio storico nazionale, la valorizzazione delle ricchezze archeologiche, storiche, artistiche e la migliore divulgazione delle conoscenze al riguardo[148].

In questa e in altre pronunce successive, la Corte sembra essersi orientata nella direzione di una maggiore considerazione per gli interessi degli Stati, la cui rispondenza alla nozione di esigenza imperativa ai sensi e per gli effetti che ci riguardano è rimessa con maggiore discrezionalità alla determinazione unilaterale degli Stati medesimi[149]

---

[147] Si veda sul tema, negli stessi termini di Laara anche Zanetti, causa C/67/98, sentenza 21 ottobre 1999, Racc. I-13031, punto 69, ove la Corte ha corretto il tiro, mettendo in chiara evidenza che "laddove le autorità di uno Stato membro inducano ed incoraggino i consumatori a partecipare alle lotterie, ai giochi d'azzardo o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario, le autorità di tale Stato non possono invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di gioco per giustificare restrizioni al diritto di stabilimento alla libera prestazione di servizi".

[148] Corte di giustizia Gouda, 25.7.1991, causa C-288/89, Racc., pg. I-04007.

[149] Anzi, con riferimento ad una fattispecie specifica, l'interesse dello Stato membro nella veste di pretesa esigenza imperativa, sembra consentire perfino l'adozione di misure discriminatorie (Zenatti, C-67/98, sentenza 21 ottobre 1999, Racc., pg.I-7289. V. in senso contrario Gambelli,

3.3 *Le direttive della Commissione e il confronto con le pronunce della Corte di Giustizia: considerazioni conclusive.*

Le considerazioni che precedono circa gli approdi cui è giunta la Corte di Giustizia rappresentano il punto di arrivo di un lungo percorso interpretativo, del quale un momento particolarmente significativo è rappresentato dalla vicenda che ha riguardato i servizi di telecomunicazioni.

Nella motivazione della cd. "direttiva *Servizi"* [150] *(*su cui *v. supra* cap. I*)*, a proposito della concessione di diritti esclusivi o speciali ad una o più imprese per la gestione della rete, la Commissione, ha avuto modo di osservare, preliminarmente, che:

«*la concessione di tali diritti, nel quadro dell'esercizio del potere discrezionale dello Stato membro interessato, limita la prestazione, da parte di altre imprese, dei servizi in questione provenienti da altri Stati membri o verso questi diretti;*

(…) in pratica, le restrizioni, ai sensi dell'articolo 49 del TCE, alla fornitura di servizi di telecomunicazioni verso altri Stati membri o da questi provenienti consistono segnatamente nel vietare connessioni su circuiti affittati, tramite dispositivi concentratori, moltiplicatori ed altre installazioni, alla rete telefonica commutata, nell'imporre per tali connessioni oneri d'accesso sproporzionati rispetto al servizio prestato, nel vietare l'instradamento di segnali provenienti da terzi o a questi

6.11.2003, C-243/01, Racc. pg. I-13031)

[150] Direttiva 28.06. 1990, n. 90/388

diretti attraverso circuiti affittati o nell'applicare una tariffa proporzionata all'uso senza giustificazione economica o nel rifiutare l'accesso alla rete di taluni prestatori di servizi; poiché tali restrizioni d'uso e tariffe eccessive rispetto al costo, hanno l'effetto di ostacolare la prestazione. Proveniente da altri Stati membri o ad essi diretta, di servizi di telecomunicazioni (…)[151]*»*.

Una volta stabilito che, almeno nel caso specifico, i diritti speciali ed esclusivi, risultavano contrari alle regole di libera circolazione dei servizi, la Commissione ha ritenuto di dover verificare con attenzione l'applicabilità alla fattispecie di una o più della varie regole comunitarie che giustificavano restrizioni alla libera circolazione.

Più in particolare, l'esecutivo della Comunità ha in primo luogo esaminato l'eventualità di prendere in considerazione l'art. 55 del TCE in combinato disposto con gli artt. 45 e 46 (rispettivamente partecipazione, anche occasionale, all'esercizio di pubbliche funzioni e motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità), essa però è stata scartata abbastanza sbrigativamente.

In secondo luogo, è stata oggetto di analisi la possibilità che le restrizioni alla libera circolazione dei servizi fossero giustificate in base alla giurisprudenza comunitaria sulle condizioni di compatibilità delle misure indistintamente applicabili con le regole del mercato unico (per cui v. *supra* par. II 1.2). Su tale punto la Commissione ha affermato che, nel settore delle telecomunicazioni esistono certamente esigenze

[151] Direttiva 28.6.1990, n.90/388, "Concorrenza sui mercati dei servizi di telecomunicazioni", punti 5 ss. della motivazione.

di interesse generale che devono essere soddisfatte, tuttavia, da un lato, tali "*esigenze fondamentali*" riguardano solo la sicurezza di funzionamento e l'integrità tecnica della rete pubblica, nonché l'interoperabilità dei servizi e la protezione dei dati personali, dall'altro lato, dette esigenze, lungi dal poter fornire una giustificazione al mantenimento di un regime basato sui diritti speciali od esclusivi, giustificano tutt'al più l'imposizione di particolari condizioni nelle procedure di autorizzazione o di dichiarazione[152] .

In terzo luogo, è stato valutata l'applicabilità del § 2 dell'art. 86 (su cui v. *infra* cap. IV), ma l'Esecutivo della Comunità ha ritenuto che le esigenze di interesse economico generale inerenti alla garanzia del servizio universale potessero giustificare alcune deroghe solo in relazione ai diritti speciali ed esclusivi riguardanti i settori della telefonia vocale e delle infrastrutture di rete.

In tale occasione la Commissione, sulla scorta delle considerazioni appena richiamate, verificato che le regole comunitarie che giustificano le restrizioni alla libera circolazione potevano trovare solo parziale applicazione nella fattispecie, dichiarò illegittimi la maggior parte dei diritti speciali ed esclusivi concessi nel settore dei servizi di telecomunicazione, ed impose agli Stati membri una serie di adempimenti finalizzati a far cessare le violazioni. E' importante ricordare che la "direttiva Servizi" (nella versione originale) non chiedeva la liberalizzazione della telefonia vocale e delle infrastrutture

[152] in questo senso il punto 10 della motivazione della direttiva 28.06.1990 n. 90/388, e l'art. 2, 2° co. della stessa

di rete, ma anche tali settori sono stati, con interventi normativi successivi, progressivamente aperti alla concorrenza[153].

La Corte di giustizia, come si è visto nelle pronunce esaminate (per cui v. *supra* par. 3.2), ha confermato la strada seguita dalla Commissione nella direttiva Servizi[154] .

Va detto comunque che l'approccio alla problematica dei diritti speciali ed esclusivi da parte della Corte non sembra identico a quello fatto proprio dalla Commissione.

Come abbiamo visto in precedenza (v. *supra* par. 3.2) la giurisprudenza comunitaria raramente ha affrontato in modo esplicito il problema della compatibilità dei diritti speciali ed esclusivi con le regole di libera circolazione dei servizi. In diversi casi, invece, ha avuto modo di valutare la legittimità di misure nazionali, in qualche modo restrittive della libera circolazione, ma non esattamente riconducibili al concetto di diritti speciali ed esclusivi, o comunque non riconosciute esplicitamente come riconducibili a tale concetto nella situazione concreta. Si trattava soprattutto di normative che concedevano a determinate imprese nazionali vantaggi di vario genere; oppure impedivano alle imprese stabilite in uno Stato membro di offrire i loro servizi nel territorio di un altro Stato membro; oppure obbligavano gli operatori di un determinato settore ad avvalersi dei servizi di una certa impresa. In questi casi la Corte, senza ricorrere al § 1 dell'art. 86,

[153] V. in particolare la direttiva 13.03.1996, n. 96/19, cd. "direttiva Piena concorrenza".

[154] Sentenza 17. 11.1992, cause riunite C-271, 281 e 289/90, Racc, 1992, I-5859, Regno di Spagna/Commissione "Servizi".

bensì applicando solamente le regole della libera circolazione, si è espressa nel senso della incompatibilità di tali normative con le regole della libera circolazione dei servizi.

E'interessante ricordare alcuni passi di tali pronunzie.

« Il fatto che uno Stato membro riservi alle sole società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta, la possibilità di concludere convenzioni concernenti la realizzazione di sistemi informativi per conto della pubblica amministrazione., costituisce violazione degli obblighi che incombono al suddetto Stato in forza degli articoli 43 e 49 del TCE»[155].

«Contravviene agli articoli 43 e 49 del TCE (…) uno Stato membro che riservi agli enti a capitale prevalentemente pubblico la partecipazione ad una gara d'appalto relativa alla concessione del sistema di automazione del gioco del lotto»[156]

«Implica restrizioni vietate dall'art. 49 e 59 del TCE, a causa della sua natura discriminatoria, la normativa nazionale che subordini la teledistribuzione di programmi diffusi da emittenti stabilite in altri Stati membri al fatto che non contengano messaggi pubblicitari destinati specialmente al pubblico nazionale detti programmi dal momento che esso non ha altro scopo oltre a quello di completare il divieto di pubblicità»[157]*;*

[155] Corte di giustizia 5.12.1989, causa 3/88, Racc, 1989, 4035, Commissione/Italia

[156] Corte di giustizia 26.4.1994, causa C-272/91, Racc, 1994, I-409, Commisisone/Italia, punto 1 della massima

[157] Corte di giustizia 26.4.1988, causa 352/85, Racc, 1988, 2085, Bond Van Adverteerders, punto 2 della massima Corte di giustizia. 26.4.1988, causa 325/85, Racc, 1988,

«Obbligando gli enti che fruiscono di tempi di trasmissione sulla rete radiotelevisiva nazionale a spendere presso una determinata impresa nazionale tutti gli importi messi a loro disposizione per la realizzazione di programmi radio nonché una percentuale fissata con decreto per la realizzazione di programmi televisivi, uno Stato membro trasgredisce gli obblighi che gli incombono in forza dell'art. 49 del Trattato.

Pur rientrando, infatti, in una politica culturale rivolta alla tutela della libertà di espressione delle diverse componenti sociali, culturali, religiose o filosofiche della società garantendo la sopravvivenza di un'impresa che pone a loro disposizione mezzi tecnici, un obbligo del genere eccede lo scopo che si prefigge, in quanto il pluralismo nel settore audiovisivo di uno Stato membro non sarebbe affatto compromesso dalla facoltà offerta agli enti nazionali che operano nel settore di rivolgersi ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri»[158]

«L'art. 49 del TCE osta ad una normativa nazionale che vieti ad una società avente sede in una altro Stato membro di fornire ai titolari di brevetti sul territorio nazionale un servizio di sorveglianza e di rinnovo di questi brevetti mediante il versamento delle tasse previste al riguardo, in quanto in forza di detta normativa tale attività è

[158] Corte di giustizia 25.7.1991, causa C-353/89, Racc, 1991, I-4069, Commissione/Paesi Bassi "Mediawet", punto 3 della massima.

riservata ai soli titolari di una particolare qualifica professionale quale quella di consulenti in materia di brevetti[159]*»*

«L'art. 49 del TCE osta ad una normativa nazionale che crei un monopolio di diritti esclusivi di diffusione di emissioni proprie di ritrasmissione di emissioni provenienti d altri Stati qualora un siffatto monopolio comporti effetti discriminatori a danno delle emissioni provenienti da altri Stati membri[160]*».*

Secondo alcuni autori[161], dal momento che risultano incompatibili con il TCE vantaggi come quelli appena menzionati, i quali sembrano complessivamente meno restrittivi rispetto ai diritti speciali ed esclusivi, anche questi ultimi non potrebbero sottrarsi ad un giudizio di illegittimità.

***

Le considerazioni che precedono mettono in evidenza che, secondo la Commissione, anche quando si rientra nel campo della libera circolazione dei servizi – così come già rilevato a proposito della libera circolazione delle merci (§ 1.4) – , occorre verificare, in ciascun caso concreto, se la concessione di diritti speciali ed esclusivi e/o il loro esercizio trovi una giustificazione oggettiva sulla base di regole contemplate dal diritto comunitario.

Secondo la Corte, invece, occorre anzitutto dimostrare che i privilegi concessi dagli Stati abbiano effetti restrittivi, tenendo conto, in

[159] Corte di giustizia 25.7.1991, Saeger, C-76/90, Racc. 1991, pg. I-04221.

[160] Corte di giustizia 18.6.1991, causa C-260/89, ERT, Racc., pg. I-2925, punto 41.

[161] J.L.BUENDIA SIERRA, ''Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence'', in Competition Policy Newsletter, n. 3, 1996, pg. 17.

particolare, del loro contenuto, dei loro effetti, nonché delle caratteristiche del mercato in cui operano, e solo in un secondo momento vanno svolte le valutazioni sulla sussistenza dei presupposti per l'applicabilità di una delle regole comunitarie che giustificano le restrizioni alla libera circolazione.

Ancora una volta dunque, come già rilevato a proposito della libera circolazione delle merci, le posizioni delle due istituzioni comunitarie con riferimento ai diritti speciali e/o esclusivi non sono perfettamente sovrapponibili, pur essendo spesso convergenti in ordine al caso concreto.

Infatti, mentre la Commissione muove quasi sempre da una presunzione di incompatibilità col Trattato dei diritti in questione (salvo poi giustificarne l'ammissibilità alla luce delle deroghe ivi contemplate); la Corte, al contrario, ritiene che tali diritti – almeno in potenza – rientrino appieno tra le prerogative degli Stati membri (salvo provare nel caso concreto che essi producano effetti restrittivi incompatibili col libero mercato).

CAP . III

DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI E REGOLE DI CONCORRENZA (ARTT. 81 E 82 TCE):

3.1 Premessa*: problemi di compatibilità.*

In base all'analisi sin qui condotta non è difficile vedere come la concessione di diritti speciali ed esclusivi abbia un'immediata ripercussione sulle dinamiche concorrenziali di un mercato. Infatti, l'esistenza di diritti esclusivi impedisce alle imprese che non ne beneficiano di proporsi sul mercato, mentre i diritti speciali, ponendo una o più imprese nella possibilità di svolgere la propria attività in condizioni di particolare vantaggio, limitano gravemente l'accesso al mercato ed il normale svolgimento della competizione.

Ecco perchè i destinatari delle regole di concorrenza del Trattato sono proprio le imprese ed uno dei presupposti principali per la loro applicazione è la presenza di un comportamento imprenditoriale.

Il § 1 dell'art. 86, tuttavia, menzionando solo gli Stati membri fra i soggetti tenuti al rispetto delle regole di concorrenza, se da un lato non consente più di dubitare della sua riferibilità anche alle imprese[162], dall'altro pone a mio avviso alcuni particolari problemi derivanti dalla circostanza che le imprese destinatarie di diritti speciali ed esclusivi

[162]Dubbio insinuato dalla dottrina agli albori del diritto comunitario quando le decisioni relative all'intervento pubblico nell'economia, compresi i comportamenti delle imprese privilegiate, almeno in alcuni Stati membri, rientravano pienamente nella competenza e nella quasi assoluta discrezionalità dei poteri pubblici nazionali.

sono strettamente legate alle scelte di politica economica dei poteri pubblici[163]. Perciò occorre verificare, in primo luogo, se ed in quale misura il § 1 dell'art. 86 consenta di attribuire allo Stato la responsabilità per un comportamento anticoncorrenziale delle imprese privilegiate. In secondo luogo, se le disposizioni comunitarie in esame implichino l'illegittimità - oltreché dei comportamenti anticoncorrenziali posti in essere dalle imprese privilegiate - anche delle normative che, nella sostanza, possano realizzare gli stessi effetti di tali comportamenti. Per riuscire a fare luce su tali problematiche è indispensabile l'analisi della giurisprudenza comunitaria, su cui principalmente si concentrerà la trattazione dei paragrafi successivi.

3.2 *Le regole comunitarie riguardanti la concorrenza:gli artt. 81 e 82 TCE.*

Prima di procedere nell'analisi delle pronunce della Corte di giustizia appare opportuno ricordare, in estrema sintesi, le principali regole comunitarie riguardanti la concorrenza, vale a dire gli articoli 81 e 82 del TCE.

L'art. 81 dichiara incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di

[163] Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Il dir. dell'ec.*, 1990, F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol.I: *La Costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977, 121 ss

impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

Tali relazioni tra imprese sono definite congiuntamente come intese anche se il termine non compare specificamente nel Trattato[164].

Affinché un'intesa rientri nel campo di applicazione dell'art. 81 TCE, è necessario che essa produca un pregiudizio al commercio e una restrizione della concorrenza di una certa rilevanza (pregiudizio sensibile)[165].

Secondo l'art. 81 § 2 TCE *«gli accordi o decisioni vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto»*. La nullità è assoluta, per cui l'accordo è privo di effetti nei rapporti tra i contraenti e non può essere opposto a terzi[166]

Essa inoltre è parziale, nel senso che non riguarda l'accordo nel suo complesso, ma solo le singole clausole vietate.

L'art. 81, § 3, infine prevede delle condizioni che esentano dall'incompatibilità intese vietate ai sensi dell'art. 81 § 1, TCE qualora «*contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei*

---

[164] A titolo di elenco meramente esemplificativo di casi di intese vietate, il Trattato indica intese consistenti in: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione,

b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti,

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento,

d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza,

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

[165] La Commissione ha emanato una serie di comunicazioni in cui ha definito una soglia al di sotto della quale le restrizioni al commercio tra gli Stati membri o alla concorrenza non fanno scattare il divieto in esame, v. ad esempio quella relativa agli "accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza, ai sensi dell'art. 81 par.1 del TCE, in G.U.n.C 368 del 22 dicembre 2001

[166] Sent. 25 novembre 1971, Beguelin, causa 22/71.

prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di:

a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi,

b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

L'art. 82, primo comma TCE, stabilisce che «*è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo*».

Il Trattato, dunque, vieta non l'acquisizione di una posizione dominante sul mercato comune o su una sua parte, ma lo sfruttamento abusivo di tale posizione[167].

Oltre all'ipotesi di abuso di posizione dominante attribuibile ad un'unica impresa (posizione dominante individuale) va considerata l'ipotesi di posizione dominante di gruppo, ovvero la posizione dominante detenuta dalla società madre con le proprie affiliate, del cui comportamento la società madre decide ed è, conseguentemente, responsabile[168].

[167] Non sono tuttavia mancati casi in cui la Commissione e la Corte hanno considerato come vietati comportamenti di un'impresa tesi ad acquisire una posizione dominante, tramite l'acquisizione di un'impresa concorrente. Attualmente i criteri per il controllo delle concentrazioni tra imprese sono esplicitati nel regolamento n. 139/2004 del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

[168] Nella sentenza 1° aprile 1993, BpB Industries, causa T-65/89, il Tribunale di primo grado ha ritenuto che potesse imputarsi alla società madre il comportamento di abuso di posizione

Infine, secondo il testo dell'art. 82, rileva ai fini del riconoscimento dell'abuso di posizione dominante anche la posizione detenuta da più imprese (posizione dominante collettiva)[169].

L'accertamento della detenzione di una posizione dominante da parte di un'impresa e dell'abuso di tale posizione passa attraverso una serie di fasi[170]:

1. La prima è l'individuazione del mercato rilevante, (vale a dire l'individuazione di un ambito economico e geografico, che rappresenti una parte sostanziale del mercato comune, in cui le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee e distinte da quelle riscontrabili in altri ambiti economici e geografici). Tale mercato va definito sia in termini geografiche che in termini di prodotti e o servizi.

2. La seconda è caratterizzata dalla valutazione se l'impresa detenga una posizione dominante sul mercato rilevante. La posizione dominante consiste nel possesso di una potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità

---

dominante sul mercato irlandese, da parte di una sua controllata, la BG.

[169] Infatti, secondo il Tribunale di primo grado tale caso si verifica quando "due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici e, grazie ad essi, esse detengano insieme una posizioni dominante rispetto agli altri operatori del mercato.

[170] Per la dottrina si veda P. AQUILANTI, *Diritto antitrust italiano* a cura di Frignani-Pardolesi, Bologna, 1993; S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*,Milano, 2001; V. FALCE, Abusi di posizione dominante, in Concorrenza e Mercato, 2000; F.GHEZZI-M.POLO, Alcune considerazioni sugli interventi in materia di intese e di abuso nell'esperienza comunitaria e italiana, in l'Industria, n.1, 2001

Sent. 13 febbriao 1979, Hoffmann, La Roche, causa 85/76

di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori[171].

3. Una volta riconosciuta l'esistenza di una posizione dominante, la terza fase consiste nel verificare se sussista uno sfruttamento di tale posizione. Lo sfruttamento può definirsi *«il comportamento dell'impresa in posizione dominate atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito. Tale comportamento ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancor esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza»*[172]

Il mercato in cui è presente una posizione dominante, dunque, è già di per sé caratterizzato da una concorrenza debole. L'impresa che detiene una posizione dominante è tenuta a non compromettere lo svolgimento sul mercato comune di una concorrenza effettiva e non falsata.[173]

Per quanto un'impresa che detenga una posizione dominante abbia il diritto di tutelare i propri interessi commerciali, il comportamento teso a difendere una posizione dominante è considerato uno sfruttamento incompatibile con il mercato comune

[171] Sent. 13 febbraio 1979, Hoffmann, La Roche, causa 85/76,
[172] Sent. 13 febbriao 1979, Hoffmann, La Roche, causa 85/76

[173] Sent. 9 novembre 1983, Michelin, causa 322/81.

quando abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso[174]

L'art. 82 TCE prevede un elenco non tassativo di esempi di abuso di posizione dominante. Le pratiche abusive possono consistere in particolare:

a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Si consideri, infine, che, a differenza del divieto di intese pregiudizievoli per la concorrenza e gli scambi, che prevedono dei casi in cui è possibile una dichiarazione di inapplicabilità del divieto, il divieto di abuso di posizione dominate è assoluto.

Come si vede, il quadro tracciato dalle norme citate delinea un sistema della concorrenza ispirato ai valori liberali dell'economia di mercato, nel rispetto dei quali occorre consentire agli imprenditori di

[174] Sent. 1 aprile 1993, BPB Industries, causa T-65/89

competere tra loro ad armi pari e sulla base delle rispettive capacità e possibilità, ed ai consumatori di scegliere i prodotti e i servizi che ritengano migliori e dove siano più convenienti[175].

L'obiettivo del Trattato è in sostanza quello di unificare i diversi mercati nazionali in un mercato unico con caratteristiche analoghe a quelli dei Paesi membri ed è per questo che la sfera di applicazione materiale delle norme comunitarie sulla concorrenza può considerarsi estesa a tutte le attività economicamente rilevanti che non vi siano espressamente sottratte[176].

3.3 *I diritti speciali ed esclusivi in rapporto alle regole di concorrenza.*

Nelle prime pronunzie riguardanti l'art. 86 § 1 in rapporto alle regole di concorrenza, la Corte di giustizia ha adottato un atteggiamento di estrema prudenza. Si è infatti limitata a neutralizzare il rischio che la previsione nel Trattato di diritti speciali ed esclusivi assumesse un significato meramente derogatorio delle regole sulla concorrenza[177].

---

[175]Cfr. F.MERUSI*, Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, il Mulino, 2002 P.CASSINIS-P.FATTORI, Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori, in I contratti, 2001.

[176] Sono sottoposte a tale disciplina non solo le attività di produzione di beni, ma anche quelle di prestazione di servizi, comprese le attività del settore bancario e quelle del settore assicurativo che pure alcuni ritenevano estranee alla sfera di applicazione degli artt. 81 e 82. Lo stesso vale per il settore dei trasporti (Centro Servizi Spediporto, causa C-96/94, sentenza 5 ottobre 1995, Racc, p.I-2900, punto 19; Reiff, causa C-185/91, sentenza 17 novembre 1993, Racc. p. I-5901, 18 giugno 1998, Racc. p. I-3949, punto 34).

[177] v. C. giust. 14.6.1971, causa 10/71, Racc, 1971, 723, Porto di Mertet; 30.4.1974, causa C-155/73, Racc, 1974, 409, Sacchi; 10.3.1983, causa C-172/82, Racc, 1983, 555, Oli Usati.

Infatti, nelle motivazioni di tali sentenze non solo non sembrano enucleati limiti di alcun genere alla concessione di diritti speciali ed esclusivi, ma neppure vengono esaminate approfonditamente le relazioni tra tali diritti e le regole di concorrenza. Per esempio, la sentenza *Sacchi* (su cui v. *supra* cap. I § 2.2) afferma che, ai sensi del TCE, *«nulla osta a che gli Stati membri per considerazioni di interesse pubblico, di carattere extra economico, sottraggano le trasmissione radiotelevisive al gioco della concorrenza, attribuendo il diritto esclusivo di effettuare tali trasmissioni ad uno o più enti determinati. Tuttavia, nell'adempimento dei loro compiti questi enti restano soggetti al divieto di effettuare discriminazioni, e ad essi si applicano le disposizioni richiamate dall'art. 86 per le imprese pubbliche e le imprese cui gli Stati riconoscono diritti speciali o esclusivi»*[178].

In queste prime pronunzie la Corte sembra quindi ritenere, da un lato, che l'intervento pubblico nell'economia di per sé non possa essere contestato in base alle norme del TCE riguardanti la concorrenza, e, dall'altro lato, che tali norme, in linea di principio, debbano essere rispettate dalle imprese beneficiarie di un qualche intervento pubblico[179].

---

[178] C. giust. 30.4.1974, causa C-155/73, Racc, 1974, 409, Sacchi, punto 14

[179] Per un approfondimento sul punto, con riferimento all'ordinamento italiano, si rinvia a G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. Amorosino, Milano, Giuffré, 1995; G. CORSO, Le prestazioni pubbliche in Giannini, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2000, p. 1079; G. AMATO, Il governo dell'economia: il modello politico, in Trattato di diritto commerciale, diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 1977, p. 201 ss.; G. Guarino, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffré, 1970; F. Galgano, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale*, I, Padova, Cedam, 1977.

In un secondo momento, invece, la Corte sembra intervenire con maggiore puntualità nel giudizio sui rapporti tra le regole di concorrenza e le modalità di esercizio dei diritti speciali ed esclusivi. In merito, i Giudici del diritto comunitario hanno affermato che fino a quando le misure normative con le quali vengono attribuiti i privilegi non coprono chiaramente un determinato comportamento anticoncorrenziale, esse rimangono perfettamente compatibili con le ordinarie regole di concorrenza.

Qualora invece le misure normative nazionali incidano su determinati comportamenti imprenditoriali anticompetitivi, nel senso che i secondi siano strettamente ricollegabili alle prime, tale compatibilità è messa in dubbio.

Questo dato si ricava da alcune pronunce:

1. «*L'art. 81 del TCE, di per sé, riguarda soltanto la condotta delle imprese e non disposizioni di legge o di regolamento emanate dagli Stati membri. Tuttavia, detto articolo obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, aventi il carattere di legge o di regolamento, idonei a rendere praticamente inefficaci le norme di concorrenza da applicare alle imprese. Tale caso ricorre quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 del Trattato o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico, delegando*

ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica».[180]

2. *«Sebbene il semplice fatto di creare una posizione dominate mediante la concessione di diritti esclusivi ai sensi dell'articolo 86 § 1 TCE, non sia di per sé incompatibile con l'articolo 82 del TCE, tuttavia uno Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni quando l'impresa di cui trattasi è indotta, col mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, ovvero quando tali diritti sono atti a produrre direttamente una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere»*[181]

Questa formule – lette congiuntamente – oltre a confermare quanto sin qui più volte sostenuto, e cioè che la concessione di un diritto esclusivo non è di per sé incompatibile con l'applicazione delle regole di concorrenza, chiariscono altresì la distinzione poc'anzi richiamata tra:

---

[180] C. giust.17.11.1993, causa C-2/91, Racc, 1993, I-5751, Meng, punto 14; 17.11.1993, causa C-185/91, Racc, 1993 I-5801, Reiff, punto 14; 17.11.1993, causa C-245/91, Racc, 1993, I 5851, Ohra, pnto 10; 18.6.*1998, causa C-35/96, Racc., 1998, I-3851, Commissione/Italia "Spedizionieri doganali" punti 53 e 54.*

[181] C. giust. 10.12.1991, causa C-179/90, Racc, 1991, I- 5889, Porto di Genova, punto 2 della massima. Nell'occasione la Corte ha dichiarato incompatibile con il combinato disposto degli artt. 86 e 82 del Trattato la normativa italiana costitutiva di un monopolio nel settore dell'esercizio delle attività portuali. L'ipotesi *dell'abuso automatico* risulta invero molto controversa giacché, se è vero che la Corte nella sentenza in questione ha finito per dichiarare incompatibile con il combinato disposto degli artt. 82 e 86 il monopolio dell'esercizio delle attività portuali espressamente voluto dal legislatore *tout court*, d'altra parte, va ricordato che detta pronuncia è stata resa nel quadro di un giudizio dove la parte convenuta contestava innanzitutto l'iniquità delle tariffe poste in essere dal monopolista, in altri termini un tipico abuso da condotta. Sicché, forse, la portata di questa pronuncia va notevolmente ridimensionata.

l'ipotesi in cui un comportamento imprenditoriale anticompetitivo non risulti direttamente imposto ma bensì semplicemente *indotto* da una normativa nazionale che conceda diritti speciali ed esclusivi ("l'impresa di cui trattasi è indotta…");

l'ipotesi - in esame fra breve, infra § 3.4 - in cui esista uno strettissimo legame (quasi un rapporto di consequenzialità diretta) tra misure normative statali e comportamenti imprenditoriali anticoncorrenziali. In questo secondo caso, a differenza di quello precedente, anche una normativa nazionale può risultare di per sé contraria al disposto del § 1 dell'art. 86 letto assieme alle regole di concorrenza ("tali diritti sono atti a produrre direttamente…abusi").

Peraltro non è agevole stabilire in che misura l'illegalità constatata dalla Corte nella sentenza Porto di Genova derivi da una condotta imprenditoriale ed in che misura direttamente da una normativa.

In base alla giurisprudenza appena citata, la regola fondamentale da seguire quando determinati comportamenti imprenditoriali non consentiti dalle regole di concorrenza sono, in qualche modo, connessi o collegati a misure normative nazionali, è che la disciplina antitrust rimane applicabile a tutti i comportamenti commerciali delle imprese (o delle associazioni di imprese), fatta eccezione per il caso in cui i comportamenti in questione siano chiaramente obbligatori in base ad una prescrizione normativa.

In quest'ultimo caso, tuttavia, anche gli Stati membri, ove ricorrano certi presupposti, possono essere dichiarati inadempienti rispetto agli obblighi loro imposti dal TCE.

Nella pratica, tuttavia, non è sempre agevole applicare i principi enunciati, e comunque è indispensabile analizzare in concreto il tipo di regolamentazione che interessa un determinato settore. Sotto questo punto di vista, in base alla giurisprudenza esaminata, le situazioni che possono verificarsi sono essenzialmente tre[182]. Ci si può trovare di fronte a:

a) normative che, semplicemente scoraggiano la competizione in un determinato settore;

b) normative che direttamente agevolano o rafforzano comportamenti anticoncorrenziali: ciò può avvenire, per esempio, quando un'impresa in posizione dominante viene indotta da una normativa ad abusare di tale posizione, oppure quando una normativa impone od agevola la conclusione di accordi vietati ai sensi dell'art. 81 ovvero ne estende e rafforza gli effetti;

c) normative che, in fatto o in diritto, obbligano una o più imprese a tenere un comportamento non conforme alle regole di concorrenza.

Esaminando ciascuna delle situazioni sopra descritte, la giurisprudenza, facendo riferimento alle regole di concorrenza ha notato che:

---

[182] Per la dottrina si rinvia, fra gli altri a R. VAN DEN BERGH, *Introduzione: L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1993, 13 ss.

nelle situazioni di cui sub a) non c'è motivo per escludere che i comportamenti imprenditoriali debbano essere vagliati alla luce delle normali regole di concorrenza. Non sembra invece riscontrabile una responsabilità dello Stato membro, nemmeno facendo riferimento al §.1 dell'art. 86; infatti la misura normativa, pur non essendo del tutto conforme ai principi della concorrenza, non condiziona in modo significativo le normali dinamiche del mercato[183];

nei casi su b) pare possano essere oggetto di un giudizio di legittimità – in base agli 81 e/o 82 – sia il comportamento imprenditoriale sia la normativa statale[184].

La possibilità che nella fattispecie vengano riscontrati , da un lato, una violazione del TCE da parte dello Stato membro, per aver adottato e mantenuto in vigore una determinata normativa, e, dall'altro lato, una violazione delle regole di concorrenza da parte degli operatori economici, è stata riconosciuta in un caso riguardante gli spedizionieri doganali. Nella vicenda in parola, la Commissione ha innanzitutto dichiarato che le modalità concrete di fissazione delle tariffe comuni obbligatorie da parte del Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali, costituivano un'intesa tra imprese restrittiva della concorrenza contraria alle regole del TCE.

---

[183] In merito sembra significativa la sentenza C.giust. 17.6.1997, causa C-70/95, Racc. 1997, I-3397, Sodemare).

[184] Naturalmente, gli strumenti previsti dal TCE per mettere in discussione una normativa nazionale sono quelli contemplati dall'art. 226 ed, in taluni casi, dall'articolo 234 TCE I comportamenti imprenditoriali, invece, possono essere dichiarati illegittimi da una decisione della Commissione, oppure da una pronunzia dei giudici degli Stati membri, eventualmente previa richiesta di una sentenza pregiudiziale della Corte (ai sensi dell'art. 234).

La stessa Commissione ha poi agito per far giudicare incompatibile con le regole del TCE la normativa italiana riguardante gli spedizionieri doganali, nella parte in cui prevedeva che fossero gli stessi spedizionieri (tramite il loro Consiglio) a dover fissare le tariffe comuni obbligatorie; anche sotto questo aspetto il punto di vista della Commissione è stato accolto.

Invece, non sembra possa essere contestata in base alle regole di concorrenza una normativa astrattamente anticoncorrenziale, ma che non risulti collegata a reali ed effettive condotte imprenditoriali contrarie alle regole di concorrenza. Ciò perché gli artt. 81 e 82 sono direttamente applicabili, ma hanno come destinatari le imprese, non gli Stati[185]. Ne consegue che quando manca un comportamento imprenditoriale viene meno la possibilità di applicare gli articoli in argomento in combinato disposto tra loro, e dunque la possibilità di imporre direttamente agli Stati membri il rispetto dei principi di libera concorrenza e leale collaborazione.

Le normative nazionali non conformi ai principi di concorrenza, ma che non si colleghino a comportamenti imprenditoriali restrittivi, potrebbero comunque essere censurate, naturalmente ove ne ricorrano i relativi presupposti, in base alle regole del TCE riguardanti gli aiuti di Stato (di cui agli artt. 87), il mercato unico (v. *supra* cap. II), nonché, come si vedrà meglio tra breve, i diritti speciali ed esclusivi in combinato disposto con le regole di concorrenza.

---

[185] Così, G. CORSO, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo,* op.cit., pg. 279 ss.

Invece, quando sussistono le circostanze richiamate sub c) non sembra rimanga lo spazio per poter applicare alle imprese le regole di concorrenza, dal momento che il comportamento imprenditoriale anticompetitivo non sarebbe attribuibile alla volontà delle imprese.

Per quanto riguarda la responsabilità degli Stati membri, occorre dire che, più facilmente, le normative che impongono comportamenti anticoncorrenziali possono risultare illegittime rispetto alle regole del mercato unico (per esempio ove ricorrano le circostanze cui si è accennato a proposito della libera circolazione delle merci e dei servizi, v. *supra* cap.II); oppure possono essere, in taluni casi, vietate, per sé, ai sensi delle regole che è possibile desumere dal § 1 dell'art. 86 in combinato disposto con l'art. 82 ovvero, in casi più rari, con l'art. 81 (v. *infra* § 3.9)[186].

3.4 *I diritti speciali ed esclusivi che hanno l'effetto di produrre comportamenti anticoncorrenziali.*

Il § 1 dell'art. 86, in combinato disposto con gli artt. 81 e 82, impone chiaramente agli Stati membri di fare in modo che l'intervento

[186]Cfr. F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. I: *La Costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977, pg.121 ss . G. MARONGIU, *Interesse pubblico e attività economica* , in *Jus*, 1991, pg.93; C.D. EHLERMANN (1996) "*Implementation of EC competition law by National Antitrust Authorities*"ECLR n. 2, pg. 88; J. ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition* (London, 1934) ; E. H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition* (Cambridge, Ma., 1933). Su questo aspetto, v. R. VAN DEN BERGH, *Introduzione: L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1993, pg.13 s

pubblico nell'economia (di per sé legittimo) avvenga, per quanto possibile nel rispetto delle norme del TCE[187].

Proprio per questo è stata affermata la appena ricordata regola per la quale se un'impresa tiene un comportamento contrario alle regole di concorrenza, e ciò è favorito in una certa proporzione da una misura normativa statale, tanto l'impresa quanto lo Stato membro possono rendersi responsabili di una violazione delle regole del TCE. La stessa regola è stata considerata applicabile dalla giurisprudenza quando la misura normativa si concretizzi nella concessione di diritti speciali ed esclusivi.

Il principio sopra enunciato ha inoltre condotto la Commissione e la Corte a stabilire che rientra nelle competenze delle Istituzioni Comunitarie la possibilità di accertare in concreto, caso per caso, se l'attribuzione di nuovi diritti speciali ed esclusivi o il mantenimento di quelli esistenti, in presenza di talune circostanze, si riveli in quanto tale incompatibile con l'art. 82. Tuttavia, soprattutto da parte della Corte, viene sempre ribadito che il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi non è, di per sé, incompatibile con le regole del TCE.

Più in particolare, in alcuni atti normativi e decisioni della Commissione ed in alcune sentenze della Corte, anche se non mancano analisi concernenti le caratteristiche del mercato interessato e/o

[187] G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in «Riv. giur. quadr. pubbl. servizi», 1999, pg. 7 ss.e, dello stesso A. *, Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo, op. cit. 2007;* G. REBUFFA, *Il sistema delle relazioni economiche nell'analisi della tradizione sociologica: diritto e mercato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, pg.147.

riferimenti alla possibilità che una o più imprese privilegiate abbiano posto in essere o pongano in essere condotte abusive, la dichiarazione di illegittimità tende a riguardare, più che un comportamento imprenditoriale, una normativa nazionale primaria o secondaria, attraverso la quale vengono concessi o estesi in favore di certe imprese determinati privilegi, i quali causano "effetti" paragonabili a quelli derivanti da una abuso di posizione dominante (questa impostazione viene ricordata in dottrina[188] come *teoria degli effetti*).

E' interessante osservare come le imprese privilegiate (per esempio i casi *Servizi, Corbeau, Hofner, Job Center, Ra*so) non risultano nemmeno direttamente coinvolte nelle controversie che danno origine alle sentenze in parola, ed in merito la Corte afferma esplicitamente che, in certi casi, ha scarsa rilevanza che il giudice nazionale non abbia riscontrato alcun abuso effettivo (punto 31 della sentenza *Raso*, punti 23 e 24 della sentenza RTT/GB. INNO.BM).

La legittimità o meno della concessione, da parte degli Stati membri, di taluni diritti speciali ed esclusivi in favore di determinate imprese dipende da numerosi fattori. Il punto che maggiormente rileva sembra essere l'attitudine dei diritti speciali ed esclusivi a produrre una situazione in cui una o più imprese siano indotte necessariamente o inevitabilmente ad abusare della posizione dominante che può derivare dalla concessione dei privilegi in argomento.

[188] M.TODINO, *L'Autorità e l'applicazione decentrata degli art. 81 e 82 del TCE*, in Temi e problemi Autorità garante della concorrenza e del Mercato, Roma, 1997

Secondo autorevoli studi[189], le situazioni di illegalità che nella pratica normalmente si verificano possono essere ricondotte ad alcune fattispecie tipiche: l'abuso automatico, l'abuso da estensione della posizione dominante, l'abuso da conflitto di interessi, l'abuso da inefficienza del monopolista *ex lege.*

L'abuso automatico consisterebbe nel semplice conferimento di un diritto esclusivo ad un soggetto nell'ambito di un settore in cui non sussistono le condizioni per l'applicazione della clausola derogatoria di cui all'art. 86 § 2 (in particolare il servizio sottratto al regime di concorrenza non presenta i caratteri tipici del servizio di interesse generale).

L'abuso da estensione della posizione dominante consiste nel fatto che il legislatore conferisce al beneficiario di un diritto di esclusiva un diritto ulteriore relativamente ad un servizio dissociabile da ciò che rappresenta l'ambito di competenza del monopolista.

L'abuso da conflitto di interessi consiste nel fatto che il legislatore conferisce ad un operatore, già beneficiario di un diritto esclusivo per la prestazione di un dato servizio, la possibilità di esercitare un altro servizio, in un settore contiguo a quello in monopolio in regime di concorrenza con altri operatori, nonché di svolgere in detto settore la funzione di regolatore.

---

[189] M.Todino, op cit, R. MONACO, *Mercato interno europeo*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, XX, 1990, 3; G. W. KELLEHER, *The Common Market Antitrust Laws: The First Ten Years*, in *Antitrust Bull.*, 1967, 1219.

L'abuso da inefficienza del monopolista *ex lege* consiste nell'incapacità manifesta dell'operatore beneficiario del diritto esclusivo a soddisfare adeguatamente la domanda del mercato su cui gode di un monopolio.

Con riguardo alla dottrina dell'abuso automatico, va rilevato che essa non è mai stata applicata esplicitamente, ma sembra presupposta da alcune sfumature delle sentenze *Servizi, Posto di Genova ed Hofner.*

La validità di tale teoria va quindi considerata con particolare prudenza.

Sugli abusi da estensione della posizione dominate e da conflitto di interessi verranno espresse considerazioni più precise fra breve (v. infra §§ 3.5 e 3.6.)

L'abuso da inefficienza è stato invece contestato nel caso *Hofner,* in cui la Corte ha riscontrato una manifesta incapacità dell'impresa privilegiata di soddisfare la domanda proveniente dal mercato (e valutazioni relative all'efficienza sembrano presenti anche nei casi *Terminali* e *Servizi*).

E' appena il caso di avvertire che le situazioni di incompatibilità cui si è appena fatto riferimento non sono affatto tassative e che, in alcuni casi, esse possono venire in considerazione cumulativamente.

Va detto inoltre che è molto difficile stabilire a priori quando debba farsi riferimento alle regole elaborate con riferimento ai diritti speciali ed esclusivi che influenzano il comportamento delle imprese e

quando alla "teoria degli effetti" (rispetto alla quale la valutazione di compatibilità cade sulla normativa nazionale piuttosto che sul comportamento delle imprese). Sul punto occorre tenere presente che, in realtà, la "teoria degli effetti" misura la legittimità dei diritti speciali ed esclusivi a prescindere da un autonomo comportamento imprenditoriale, che però potrebbe anche sussistere, ed afferma che i privilegi in parola risultano contrari alla regole del TCE se, in base ad una valutazione (che normalmente avviene) *ex ante*, inducono "necessariamente" o inevitabilmente" le imprese a tenere comportamenti anticoncorrenziali (a prescindere, come si è detto, da un riscontro concreto dell'esistenza del comportamento).

Su un piano diverso avviene la valutazione dei diritti speciali ed esclusivi che influenzano il comportamento delle imprese: attraverso tale valutazione, infatti, si sottopone *ex post* ad uno scrutinio di legittimità il comportamento delle imprese in rapporto a ciò che dispone una misura normativa che concede o estende determinati privilegi.

Dunque nella maggior parte delle situazioni, è la controversia specifica a chiarire il punto relativo alla applicabilità dell'uno o dell'altro strumento di analisi, ma, in linea di massima, ricorrere "alla teoria degli effetti" rappresenta l' *extrema ratio*.

Nei prossimi paragrafi verranno analizzate alcune tipiche situazioni rispetto alle quali può risultare necessaria una valutazione in base al § 1 dell'art. 86, ma occorre chiarire che tali situazioni possono

derivare tanto da un comportamento imprenditoriale influenzato dalla attribuzione di un privilegio, quanto da una normativa con la quale vengano concessi diritti speciali ed esclusivi che hanno l'effetto di alterare il normale funzionamento del mercato (per esempio un'estensione abusiva di posizione dominante di cui sia protagonista un'impresa titolare di diritti speciali ed esclusivi, può avvenire direttamente attraverso un comportamento imprenditoriale oppure per il tramite di una misura normativa).

3.5 *L'abuso da estensione di posizione dominante.*

Si è già accennato al fatto che quando una normativa, in mancanza di giustificato motivo, riserva un servizio a valore aggiunto al monopolista titolare dell'attività di interesse generale si è di fronte ad una legittima estensione abusiva di posizione dominante (v. *supra* § 3.4).

Cosa debba intendersi per "servizio a valore aggiunto" lo spiega efficacemente la sentenza *Corbeau*[190]. Tale pronuncia riconduce il concetto in esame a due elementi essenziali. Il primo consiste nella circostanza che il servizio sia diretto a soddisfare alcune esigenze caratteristiche e peculiari di determinati utenti, il secondo ha riguardo alla sua dissociabilità tecnica dall'attività di interesse economico generale alla quale risulta in qualche modo collegato. Quando ricorrono

[190] C.giust. 19 maggio 1993, causa C-320/91, Racc. 1993, I-2533, Courbeau, punto 1 della massima.

le condizioni appena indicate, e nella misura in cui non venga messo in pericolo l'equilibrio economico dell'impresa cui è affidata la cura dell'interesse generale, il servizio a valore aggiunto deve svolgersi nel rispetto delle normali regole stabilite dal TCE per le imprese, in particolare quelle di concorrenza.

La sentenza appena richiamata afferma che l'art 86 del TCE

«osta a che una regolamentazione di uno Stato membro che conferisce ad un ente quale la Régie des Postes il diritto esclusivo di raccogliere trasportare e di distribuire la corrispondenza vieti ad un operatore economico stabilito in detto Stato di offrire alcuni servizi specifici, separabili dal servizio di interesse generale, che rispondono a esigenze particolari degli operatori economici e che richiedono talune prestazioni supplementari che il servizio postale tradizionale non offre, nella misura in cui tali servizi non compromettano l'equilibrio economico del servizio di interesse economico generale esercitato dal titolare del diritto esclusivo»[191]

La dottrina dell'estensione abusiva per via del conferimento di diritti speciali ed esclusivi presenta indubbiamente dei punti di contatto con alcune regole elaborate nell'ambito del diritto della concorrenza ordinario: In diversi casi, infatti, la Corte ha affermato che costituisce una violazione dell'art. 82 del TCE il comportamento di un' impresa che, detenendo una posizione dominante in un determinato mercato,

[191] C. giust. 19.5.1993, causa C-320/91, Racc., 1993, I-2533, Corbeau, punto 1 della massima).

senza necessità obbiettiva, tenti di estendere la sua posizione di supremazia ad un'attività ausiliaria, che potrebbe essere svolta da una terza impresa, su un mercato collegato ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di altre imprese sul mercato collegato.

Mi sembra si possano però notare alcune importanti differenze tra il caso dell'estensione di un monopolio legale per via di un atto normativo ed il caso dell'estensione di posizione dominante derivante esclusivamente da un comportamento imprenditoriale. Più precisamente, la giurisprudenza comunitaria e la prassi della Commissione sembrano considerare l'estensione derivante da atti normativi illegittima per sé (si veda in proposito i punti 24 e 25 della decisione "Nuovi servizi postali in Italia"), e l'unica eccezione certamente ammissibile sarebbe quella prevista dal § 2 dell'art. 86, anche se non si può escludere l'applicabilità in casi particolari, di altre eccezioni previste esplicitamente dal TCE.

Tale severità deriva dal fatto che nei settori in cui sono stati concessi diritti speciali ed esclusivi le dinamiche concorrenziali sono già profondamente inibite[192].

Diversamente potrebbe dirsi invece in relazione ai comportamenti puramente commerciali posti in essere dalle imprese la cui posizione dominante non deriva da privilegi. Infatti, non possono essere

[192] G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 412 ss.; I. VAN BAEL – J-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community* (1994), trad. it. *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Giappichelli, Torino, 1995.

considerati, a priori, illegittimi tutti i comportamenti attraverso i quali un'impresa dominante tenti di estendere il suo potere da un mercato ad un altro (che sia distinto ma collegato), oppure a mantenere nel tempo la sua posizione di supremazia. Infatti, l'impresa in parola, se per un verso, è indiscutibile abbia la speciale responsabilità di non compromettere definitamene la struttura concorrenziale del mercato o dei mercati nei quali opera, per altro verso, non può essere espropriata del diritto di prendere misure ragionevoli per proteggere i suoi interessi commerciali e per sviluppare il suo business.

Questa impostazione è condivisa anche dalla dottrina maggioritaria[193], la quale ritiene che al fine di accertare la legittimità o meno dei comportamenti di cui si discorre non si possa fare a meno di verificare:

se l'impresa in questione si serva concretamente del potere economico o tecnico riflesso della posizione dominate di cui gode su un determinato mercato per estendersi su un secondo mercato (distinto ma collegato), oppure agisca sul secondo mercato in condizioni sostanzialmente equivalenti a quelle dei suoi concorrenti;

se tale utilizzo del potere economico o tecnico si indirizzi, in qualche modo, anche nei confronti delle imprese concorrenti nel

---

[193] S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO – M. D'ALBERTI (a cura), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000; G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza", Riv. dir. civ.*,1993, II, 543; e ancora *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 421. F. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 793 e M. LIBERTINI *Il mercato:* i modelli di organizzazione, in Tratt. dir. comm. dir. pubbl. ec. diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979, pg. 404ss.

mercato collegato oppure si concretizzi solamente nell'offerta di prodotti migliori ai consumatori;

se sussistono altre circostanze che possano giustificare i comportamenti di cui si tratta, come, ad esempio l'esigenza di garantire la sicurezza dei prodotti e dei servizi o di tutelare diritti di privativa di carattere industriale o commerciale, nella misura in cui non si ecceda quanto strettamente necessario alla loro salvaguardia.

In altre parole, parrebbe che l'estensione tramite atti normativi risenta di una presunzione di illegalità e che, invece, con riguardo all'estensione derivante da comportamenti imprenditoriali, l'onere della prova dell'illegalità sia interamente a carico di chi contesta il comportamento.

3.6 *Diritti speciali ed esclusivi ed infrastrutture essenziali.*

Le problematiche dell'estensione abusiva, in particolare nell'ambito dei servizi di interesse generale, si intrecciano spesso con al cd. dottrina delle essential facilities.

La teoria in parola, in estrema sintesi, afferma che l'impresa in possesso di un determinato bene o di un'infrastruttura[194] abusa della propria posizione dominante qualora, senza una giustificazione oggettiva, neghi l'accesso al proprio bene o ai propri impianti alle altre imprese che ne facciano richiesta quando i beni o gli impianti in parola

[194] Vale a dire di un insieme di installazioni attraverso le quali possono svolgersi uno o più segmenti di una o più attività economiche.

siano, da un lato, non duplicabili, dall'altro essenziali per consentire alle altre imprese di svolgere la loro attività su un mercato distinto ma collegato[195].

Dall'analisi delle principali decisioni della Commissione in materia di infrastrutture essenziali si desume il seguente orientamento: negare ad un concorrente l'accesso ad una infrastruttura essenziale senza ragioni oggettive o concederlo solo a condizioni meno favorevoli, può "*costituire di per sé un abuso anche in mancanza di altri elementi, quali l'associare tra loro delle vendite, la discriminazione nei confronti di un altro concorrente indipendente, la cessazione delle forniture a taluni clienti o l'agire deliberatamente per danneggiare un concorrente*"[196].

Per stabilire se un'infrastruttura sia essenziale o meno la Commissione valuta la gravità dello svantaggio e accerta se esso sia permanente o meramente temporaneo. Il criterio da applicare è stato descritto da un commentatore come consistente nell'esaminare *«se lo svantaggio risultante dal diniego di accesso possa logicamente rendere le attività dei concorrenti sul mercato di cui trattasi impossibili o permanentemente, gravemente e inevitabilmente antieconomiche»* [197].

---

[195] Per la dottrina si veda I. BERTI, A.BIANCARDI, Essential facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche in Concorrenza e Mercato, 1996, 423-450; D.DURANTE, G.MOGLIA, A.NICITA, La nozione di Essential Facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test, in Concorrenza e Mercato, 2001.

[196] Conclusioni Avvocato Generale Jacobs nel caso Oscar Bronner, causa C-7/97, Racc, 1998 I-7794, punto 50

[197] J. Temple Lang «Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities», Fordham International Law Journal, Vol. 18 (1994), pag. 245, a pagg. 284 e 285.

Con riferimento alla Corte di giustizia, invece, è interessante richiamare alcune sentenze menzionate dall'Avvocato Generale Jacobs nel caso Oscar Bronner, il quale rileva come nella sua giurisprudenza la Corte, pur non essendosi ancora richiamata alla dottrina delle infrastrutture essenziali, si è nondimeno pronunciata in varie cause vertenti sul rifiuto di fornire beni o servizi. In due delle prime cause ha chiarito che l'interruzione delle forniture ad un cliente poteva integrare un abuso. Nella sentenza Commercial Solvents[198] ha affermato che un'impresa in posizione dominante sul mercato delle materie prime non poteva interrompere la fornitura ad un cliente, che fabbricava prodotti finiti, soltanto perché aveva deciso di produrre anch'essa prodotti finiti e voleva escludere il suo ex cliente dal mercato.

Analogamente, nella sentenza United Brands[199] , con riferimento a un'impresa (UBC) che occupava una posizione dominante nella produzione di banane, che essa commercializzava con il marchio «Chiquita», e che aveva interrotto le forniture ad un distributore-maturatore danese quando questo, in seguito ad un disaccordo con la UBC, aveva iniziato a promuovere le banane di un concorrente dedicando minore attenzione alla maturazione delle banane della UBC. La Corte ha affermato che*:*

«un'impresa la quale detenga una posizione dominante per la distribuzione di un dato prodotto - che goda del prestigio di un

[198] Sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Istituto Chemioterapeutico Italiano e Commercial Solvents/Commissione (Racc. pag. 223).
[199] Sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands/Commissione (Racc. pag. 207, punti 22-35). V. altresì la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, GU 1997, C 372, pag. 5.

marchio noto ed apprezzato dai consumatori - non ha facoltà di sospendere le forniture a un vecchio cliente, ligio agli usi commerciali, se gli ordini di detto cliente non presentano alcunché di anormale»[200] .

Ancora, nelle sentenze Telemarketing[201] e GB-Inno-BM[202] la Corte ha stabilito il principio secondo cui «costituisce abuso ai sensi dell'art. 82 il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi senza necessità obiettiva un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa[203]».

In altre due sentenze, infine, la Corte ha analizzato la questione se il rifiuto di effettuare forniture costituisse un abuso in circostanze nelle quali non sussistevano altri elementi, come l'interruzione delle forniture ad un cliente o l'istituzione di un legame tra prestazioni non correlate. Nella sentenza Volvo[204] ha affermato che non abusava della propria posizione dominante un produttore di autovetture, titolare di un brevetto per modello ornamentale relativo a parti della carrozzeria delle sue autovetture, che si rifiutava di concedere a terzi una licenza per la fornitura di pezzi di ricambio necessari per la riparazione delle vetture. La Corte ha dichiarato:

«Si deve poi sottolineare che la facoltà del titolare di un brevetto su un modello di vietare a terzi la fabbricazione e la vendita o

[200] Punto 182
[201] Sentenza 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM/CLT e IPB (Racc. pag. 3261).
[202] Sentenza 13 dicembre 1991, causa C-18/88 (Racc. pag. I-5941).
[203] Sentenza GB-Inno-BM, punto 18.
[204] Sentenza 5 ottobre 1988, causa 238/87, Volvo/Veng (Racc. pag. 6211).

l'importazione, senza il suo consenso, di prodotti che incorporino il modello costituisce la sostanza stessa del suo diritto esclusivo. Ne consegue che imporre al titolare del brevetto l'obbligo di concedere a terzi, sia pure in contropartita di un ragionevole compenso, una licenza per la fornitura di prodotti che incorporino il modello equivarrebbe a privare detto titolare della sostanza del suo diritto esclusivo, e che il rifiuto di concedere una siffatta licenza non può, di per sé, costituire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante.

Va tuttavia osservato che l'esercizio del diritto esclusivo, da parte di chi abbia brevettato un modello relativo a parti componenti della carrozzeria di automobili, può essere vietato dall'art. 82 qualora dia luogo, da parte di un'impresa in posizione dominante, a determinati comportamenti abusivi, come l'arbitrario rifiuto di fornire pezzi di ricambio ad officine di riparazione indipendenti, il fissare i prezzi dei pezzi di ricambio ad un livello non equo o la decisione di non produrre più pezzi di ricambio per un dato modello malgrado il fatto che numerose vetture di questo modello siano ancora in circolazione, purché questi comportamenti possano pregiudicare il commercio fra Stati membri»[205].

Successivamente, però, nella sentenza Magill[206], la Corte ha confermato una sentenza del Tribunale di primo grado secondo cui talune emittenti avevano sfruttato abusivamente la loro posizione dominante facendo valere il loro diritto d'autore nazionale sulle guide

[205] Punti 8 e 9. V. altresì sentenza 5 ottobre 1988, causa 53/87, CICRA e a. (Racc. pag. 6039).
[206] Sentenza 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione (Racc. pag. I-743), nota come «sentenza Magill».

dei programmi delle loro trasmissioni per impedire la pubblicazione, da parte di terzi, di guide televisive settimanali che avrebbero fatto concorrenza alle guide televisive pubblicate da ciascuna emittente e che riguardavano esclusivamente i suoi programmi.

Dalle succitate sentenze risulta chiaramente che un'impresa in posizione dominante commette un abuso qualora, senza giustificato motivo, interrompa la fornitura di beni o servizi ad un cliente o elimini la concorrenza su un mercato vicino associando tra loro beni e servizi distinti. Tuttavia, risulta anche che un abuso può consistere nel mero rifiuto di una licenza nel caso in cui ciò impedisca ad un nuovo prodotto di entrare su un mercato vicino in concorrenza con il prodotto dell'impresa dominante sul detto mercato.

***

Nella sentenza della Corte di Giustizia, del 26 novembre 1998, Oscar Bronner, viene affrontata la questione delle condizioni che devono sussistere affinché una data infrastruttura possa essere qualificata come un' essential facility, con la conseguenza che l'impresa che la possiede risulta sottoposta agli speciali obblighi previsti dall'art. 82 del Trattato per le imprese in posizione dominante. Nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Jacobs, sul punto non contraddette dalla Corte, si precisa che un' essential facility "*può essere un prodotto, quale una materia prima, o un servizio, che può consistere anche nel consentire l'accesso ad un luogo, ad esempio un porto o un*

aeroporto, o a un sistema di distribuzione, quale una rete di telecomunicazioni"

Nella sentenza in esame, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su due questioni pregiudiziali. La prima questione concerneva la possibilità di configurare come abuso di posizione dominante il comportamento tenuto da un'impresa, che occupa con in suoi prodotti una posizione "*preponderante*" nel marcato nazionale dei quotidiani e gestisce "*l'unica rete"* di distribuzione a domicilio degli stessi a livello nazionale, consistente nel rifiuto di distribuire, ad un prezzo equo, anche i quotidiani editi da un operatore concorrente, tenuto conto che quest'ultimo "non può né da solo né in cooperazione con altri*"* operatori attivi sul medesimo mercato "realizzare, con costi sostenibili, una propria rete di distribuzione, né può gestirla in modo economicamente proficuo*"* (punto 11).

Attraverso la seconda questione si mira conoscere se, a parere della Corte, ferme le circostanze indicate nella prima questione, l'abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 82 del Trattato, sussista anche qualora il gestore della rete di distribuzione a domicilio dei quotidiani sia disponibile a distribuire i prodotti dell'operatore concorrente, a condizione che quest'ultimo accetti "*come elementi di un unico pacchetto"* una pluralità di prestazioni, quali ad esempio la stampa e la distribuzione presso le edicole. Sulla seconda questione pregiudiziale la Corte non si pronuncia ritenendola assorbita nella soluzione prospettata per la prima questione.

La sentenza Bronner consente di ricostruire l'*iter* logico che a parere della Corte dovrebbe essere seguito per accertare quando, ai sensi dell'art 82 del Trattato, il gestore di una determinata infrastruttura, che egli stesso utilizza per una propria attività economica, debba renderla accessibile, a condizioni eque, ai terzi che ne facciano richiesta.

Secondo la Corte occorre in primo luogo stabilire se l'infrastruttura di cui trattasi costituisca un mercato distinto. A tal fine si deve verificare se altre *facilities*, anche strutturalmente diverse, possano essere considerate "sufficientemente intercambiabili" nel senso che consentono all'utente di raggiungere lo stesso risultato (punto 34). Nel caso di specie la Corte considera meritevoli di una valutazione circa la "sufficiente intercambiabilità" sistemi di distribuzione dei quotidiani completamente diversi da un punto di vista fisico, organizzativo ed economico, rispetto alla rete di consegna a domicilio di *Mediaprint*[207], quali la vendita nelle edicole o la consegna a mezzo posta. La Corte, aderendo ad un rilievo della Commissione, sostiene che devono essere presi in considerazione anche eventuali sistemi regionali di recapito a domicilio, cioè che anche infrastrutture con un'estensione geografica notevolmente circoscritta possono, in linea teorica, appartenere allo stesso mercato di un'infrastruttura di dimensioni geografiche nazionali.

[207] La Mediaprint GmbH è l'impresa (convenuta) proprietaria dell'unica rete di consegna a domicilio dei quotidiani in Austria che abbia una copertura nazionale, nonché il principale operatore nel mercato dei giornali quotidiani, sia in termini di numero di quote vendute che di raccolta pubblicitaria.

Qualora a seguito dell'analisi sopra descritta risulti "insufficiente" il grado di intercambiabilità tra l'infrastruttura di cui trattasi e le altre *facilities* che *prima face* apparivano idonee a consentire all'utente di raggiungere un risultato analogo, ne consegue che il gestore dell'infrastruttura si trova in una "situazione di monopolio di fatto" su un mercato costituito dall'infrastruttura medesima "e pertanto detiene una posizione dominate su di esso" (punto 35).

In secondo luogo, una volta accertato che il gestore dell'infrastruttura detiene la posizione dominante di cui sopra, si deve verificare se un eventuale diniego di accesso alla *facility* risulti idoneo a privare l'impresa che ha patito il rifiuto di uno strumento "essenziale" per lo svolgimento della sua attività economica (*punto 37).* In particolare, secondo la Corte l'infrastruttura deve risultare *"di per sé, indispensabile per l'esercizio dell'attività"* del soggetto che richiede l'accesso, "*nel senso che*" non deve esistere alcuna *facility* "*che possa realmente o potenzialmente sostituirsi*" a quella di cui si valuta l'essenzialità. Ad esempio, nel caso di specie il giudice nazionale viene invitato a verificare se la Oscar Bronner[208] sia stata privata "di un modo di distribuzione ritenuto essenziale per la vendita del suo quotidiano" (punto 41).

Più precisamente, secondo la Corte, una infrastruttura non può essere ritenuta "*essenziale*" quando "*non risultano esistere ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere*

[208] Oscar Bronner GmbH e l'impresa (attrice) che ha richiesto, senza successo, di accedere alla rete di consegna a domicilio della Mediaprint. Oscar Bronner possiede una quota inferiore al 10% del mercato dei quotidiani in Austria, sia in termini di tiratura sia in termini di introiti pubblicitari.

impossibile o straordinariamente difficile a qualsiasi altro" operatore "creare[209], da solo o in collaborazione con altri,*"* una *facility* idonea a soddisfare le medesime funzioni dell'infrastruttura di cui trattasi (punto 44).

Infine, affinché il rifiuto di accesso ad una *facility* sia suscettibile di essere qualificato incompatibile con l'art. 82 del Trattato tale diniego non deve risultare "obiettivamente giustificabile".

La Corte ritiene che nella fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione non si sia in presenza di un'*essential facility* in quanto:

i) gli altri sistemi di distribuzione dei quotidiani, quali le edicole e la consegna per posta, per quanto possano risultare meno vantaggiosi per la distribuzione di alcuni giornali, devono essere ritenuti sufficientemente sostituibili con l'unica rete di recapito a domicilio di dimensioni nazionali esistente in Austria, come testimoniato dal fatto che altri editori di quotidiani provvedono alla distribuzione dei loro prodotti tramite questi sistemi alternativi;

ii) non vi sono ostacoli tali da impedire alla Oscar Bronner o a qualsiasi altro editore di quotidiani di dotarsi, eventualmente in cooperazione con altri editori, di un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale.

Nell'economia complessiva della decisione la Corte attribuisce un rilievo marginale alla circostanza che l'impresa che gestisce

[209] In realtà nella versione italiana del testo della sentenza si legge "cercare". Tuttavia, considerato che nel testo della sentenza in tedesco, l'unico facente fede, si legge "*machen*" e nel testo inglese si legge *"establish"* si ritiene corretto utilizzare il termine "creare".

l'infrastruttura detenga una posizione "rilevantissima" nel mercato posto a valle della *facility,* in cui opera anche l'impresa che ha richiesto l'accesso alla medesima *facility*, ossia, nel caso di specie, il mercato dei quotidiani in Austria[210].

***

Le problematiche relative alla dottrina delle essential facilities sono dunque numerose e la soluzione dei casi concreti può presentare notevoli difficoltà. Inoltre, autorevoli studiosi hanno mosso pesanti critiche alla teoria in parola[211].

Sul tema alcuni punti cui sembra opportuno accennare nel presente lavoro sono i seguenti.

In primo luogo, i comportamenti delle imprese la cui posizione dominante deriva dal conferimento di diritti speciali ed esclusivi devono essere considerati, in linea di principio, con maggiore severità rispetto ai comportamenti delle imprese la cui dominanza deriva dalla propria capacità imprenditoriale, ciò anche perché la concessione dei privilegi in parola inibisce, già di per sé, in modo profondo le normali dinamiche concorrenziali. Quanto detto, comunque, è valido a prescindere dal fatto che la posizione dominante si concretizzi nel possesso di un'infrastruttura essenziale.

---

[210] L'Avvocato Generale Jacobs nelle sue Conclusioni, ai punti 58 e 59 attribuisce notevole importanza alla posizione detenuta nel mercato a valle dall'impresa che gestisce l'*essential facility*. In particolare, portando come esempio il caso in cui un'impresa possieda in esclusiva una materia prima ed operi anche nel mercato a valle del prodotto finito, l'Avvocato Generale sostiene che il rifiuto di fornire ad altri tale materia prima costituisce abuso solo nel caso in cui il prodotto finito "sia sufficientemente isolato" da configurare un mercato distinto.

[211] Cfr. G.GUGLIELMETTI, *"Essential Facilities", Rifiuto d'accesso e abuso di posizione dominate*, *prime decisioni dell'Autorità Garante e prospettive*, in Concorrenza e Mercato, 394-422, 1996

R.KOVAR, Droit Communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée Laiciseée, in Revue trimetrielle de droit européen, 215-242, 1996.

In secondo luogo, sempre in linea di principio, parrebbe che il diritto comunitario neghi ai poteri pubblici la possibilità di estendere le posizioni dominanti che derivano da diritti speciali ed esclusivi (consistano o meno esse nel possesso di un'essential facility) tramite la concessione di ulteriori privilegi, salvo ricorrano le condizioni previste dal §2 dell'art. 86 oppure sussistano gravi ragioni contemplate dal TCE.

In terzo luogo, prescindendo dai casi in cui siano in questione atti dei pubblici poteri, va detto che per poter ricondurre la dottrina delle essential faclities nell'alveo del diritto della concorrenza non sembra sufficiente accertare la dominanza dell'impresa titolare della facility, l'essenzialità e l'irriproducibilità (in tempi ed a costi ragionevoli) della stessa, l'esistenza di un diniego all'accesso e la mancanza di ragioni obiettive che giustifichino il rifiuto. Infatti la dottrina in parola è generalmente accolta solo quando, oltre agli elementi richiamati, viene accertato che il rifiuto si concretizza in un qualificato comportamento abusivo dell'impresa dominante. Esso può consistere, come di norma, nella limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico, oppure nell'applicazione nei rapporti commerciali con gli altri contraenti di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, oppure nel tentativo di estendere la propria dominanza in altri mercati facendo leva sulla disponibilità della facility.

Secondo la dottrina[212] il carattere innovativo della teoria dell'essential facilities sarebbe da ravvisare nel particolare atteggiarsi dell'obbligo di contrarre da parte dell'impresa in posizione dominante; infatti almeno in alcuni casi, il titolare della facility si troverebbe a dover concedere l'accesso anche ad un bene che normalmente non offre sul mercato.

Si è anche notato che l'obbligo di contrarre dell'impresa che controlla un'essential facility si configurerebbe come un limite al diritto di proprietà del bene:

« *l'applicazione della teoria dell'essential facility sembra pertanto configurare una situazione nella quale vi è la prevalenza del diritto di impresa e di libera iniziativa economica su quello di proprietà in una ricostruzione dei rapporti concorrenziali e del mercato. In questi termini la teoria dell'essential facility sembra ampliare la portata tradizionale delle regole di concorrenza passando dall'ambito del divieto a quello, di segno positivo, consistente nel riconoscimento a tutti gli operatori di competere secondo un principio di effettiva concorrenza e di pari opportunità sul mercato*[213] ».

Altri commentatori[214] hanno già consigliato particolare prudenza nell'applicazione, sia normativa che giurisprudenziale, della teoria in argomento, ed, in particolare, hanno suggerito l'accoglimento della

[212] G.GUGLIELMETTI, op.cit, 1996; D.DURANTE, G.MOGLIA, A.NICITA, op. cit., 2002; R.KOVAR, op.cit., 1996

[213] I. BERTI, A.BIANCARDI, *Essential facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche, in Concorrenza e Mercato*, 1996, 423-450.

[214] L.BELLODI, *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Editoriale scientifica, Napoli, 1999.

stessa solo in determinate circostanze: vale a dire in presenza di mercati in via di liberalizzazione, per un periodo di tempo non indefinito, riconoscendo anche il dovere delle altre imprese di fare ogni ragionevole sforzo per procurarsi autonomamente le facilities e prestando la massima attenzione ai reali effetti anticompetitivi del diniego di accesso.

Deve infine rilevarsi che la giurisprudenza comunitaria non è sembrata particolarmente incline a recepire le indicazioni provenienti dalla dottrina in discorso[215]. In definitiva, dunque, la dottrina dell'essential facilities può, da un lato supportare (non sostituire) l'analisi di alcuni dei casi in cui si fa questione dell'applicabilità delle regole antitrust, dall'altro ispirare misure normative che garantiscano l'accesso alle infrastrutture che vengano considerate essenziali per lo svolgimento di una determinata attività.

3.7 *Diritti speciali ed esclusivi e abuso da conflitto di interessi.*

L'art. 86 richiede dunque agli Stati membri e alle imprese beneficiarie di diritti speciali ed esclusivi (e/o incaricate di una missione di interesse economico generale) di svolgere le proprie funzioni nel rispetto dei principi del libero mercato. Tuttavia, lo sviluppo di una effettiva concorrenza è molto difficile se ad una stessa impresa viene consentito di offrire il servizio e, contemporaneamente,

[215] Trib.1° CE, 22.10.1996, cause riunite T- 79/95 e T-80/95, Racc, 1996, II-1491 Societè nationele de chemins de fer francais e British Railways Board/Commissione "Euurotunnel"; Trib.1° CE, 15.9.1998, II, 3141 European Night Services

di esercitare funzioni di regolazione del mercato. Infatti l'impresa in questione, soprattutto se si tratta dell'operatore storico e detiene una posizione dominante, si troverebbe a poter facilmente mettere in atto condotte abusive[216]. Per questo motivo le Istituzioni comunitarie hanno, da un lato, elaborato la dottrina dell'abuso da conflitto di interessi, e, dall'altro lato, emanato normative tese ad introdurre una qualche forma di dissociazione tra funzioni di regolamentazione ed attività imprenditoriale.

La Commissione e la Corte di Giustizia si sono pronunciate per la prima volta sul tema nella prima metà degli anni '80. I fatti della causa riguardavano il comportamento di British Telecom, impresa (all'epoca) titolare del monopolio legale per la gestione dei sistemi di telecomunicazione nel Regno Unito, nonché di una potestà regolamentare sullo stesso settore. La controversia nasceva dalla circostanza che alcune agenzie private avevano sviluppato, nel Regno Unito, un servizio di ritrasmissione di messaggi telefonici e telex provenienti da Stati membri della Comunità e destinati a paesi stranieri. Detto sistema consentiva agli utenti che ne facevano uso di beneficiare di considerevoli risparmi poiché il costo della chiamata verso il Regno Unito, sommato con il costo della chiamata dal Regno Unito al paese terzo, risultava comunque più favorevole rispetto alla telefonata internazionale diretta, a causa della particolare convenienza

[216] Sul punto si v. G.CAVANI, *Abusi di posizione dominante*, in Concorrenza e Mercato, 1996; A.M.CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; P.FATTORI, *Monopoli pubblici e articolo 86 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in Concorrenza e Mercato 2004.

delle tariffe britanniche. Al tempo stesso però le società di telecomunicazioni degli altri Paesi europei subivano una riduzione dei guadagni nel settore delle chiamate internazionali. In seguito agli insistenti inviti degli altri operatori di telecomunicazioni europei, British Telecom adottava dei regolamenti che rendevano l'operazione descritta non remunerativa per le agenzie private. La Commissione, giudicando questo comportamento contrario all'art. 82 del TCE, con una decisione, imponeva all'impresa britannica di porre termine all'infrazione.

Secondo la Commissione, il comportamento descritto violava l'art. 82 TCE poiché,

«i) limitava le attività delle agenzie di ricetrasmissione di messaggi a danno di clienti situati in altri Stati membri della CEE;

ii) applicava condizioni dissimili per transazioni equivalenti offerte dalle agenzie di ricetrasmissione, in quanto subordinava la continuazione dei servizi alla condizione che fra i messaggi presentati a BT quelli che dovevano essere ritrasmessi ad una destinazione situata al di fuori del Regno Unito dovessero o provenire dal Regno Unito o costare un prezzo che assicurasse che per il mittente essi non fossero meno cari che se li avesse usati direttamente e ciò determinava uno svantaggio concorrenziale per le agenzie nei confronti delle amministrazioni e delle agenzie nazionali delle telecomunicazioni situate in altri Stati membri non soggette a tali restrizioni;

iii) subordinava l'uso dei servizi telefonici e telex all'accettazione, da parte delle agenzie, dell'obbligo di richiedere prezzi che non avevano

alcun rapporto con il tipo e con la qualità dei servizi di telecomunicazione forniti, ma erano piuttosto dovuti all'intento di BT di proteggere gli introiti di altre amministrazioni nazionali delle telecomunicazioni[217]*»*

Anche la Corte di giustizia aveva modo di pronunciarsi sul caso perché la Repubblica italiana presentava un ricorso per l'annullamento della decisione. I Giudici del diritto comunitario ritenevano però di dover confermare la legittimità della posizione assunta dalla Commissione e, pertanto, decidevano di respingere il ricorso[218].

Un aspetto interessante della sentenza citata riguarda il fatto che i regolamenti emanati da BT sono stati considerati dalla Corte attività di impresa e non attività normativa attinente all'esercizio di pubblici poteri, come tale esentata, entro determinati limiti, dall'osservanza delle regole di concorrenza.

E' dunque ragionevole pensare che il diritto comunitario, in linea di massima, valuti con sfavore le misure nazionali che attribuiscono allo stesso organismo la possibilità di svolgere, nel medesimo contesto economico, le funzioni di regolazione ed un'attività imprenditoriale (ciò al fine di salvaguardare il rispetto del principio di imparzialità: v.*infra* §3.7).

[217] Decisione Commissione CE 10 dicembre 1982, n.82/861, Guce L.360 del 21.12.1982, British Telecom, punto 30
[218] C.giust. 20.3.1985, causa 41/83, Racc, 1985, 873, Italia/Commissione "British Telecom".

3.8 *L'affermazione del principio di imparzialità.*

L'ordine di idee affermato nella giurisprudenza comunitaria è stato ulteriormente valorizzato dalla Commissione, la quale, nella "direttiva Terminali", ha stabilito espressamente,

«gli stati membri provvedono affinché a decorrere dal 1° luglio 1989 la formulazione delle specifiche di cui all'articolo 5 e il controllo della loro applicazione, nonché l'omologazione siano svolti da un ente indipendente dalle imprese pubbliche e private che offrono beni e/o servizi nel settore delle telecomunicazioni»[219]*.*

Come già ricordato, diversi Stati membri chiesero l'annullamento della direttiva in parola ma la Corte confermò, sulle questioni più importanti tra cui quella in esame, la legittimità dell'operato della Commissione. In particolare, nella sentenza Terminali si può leggere:

«un sistema di concorrenza non alterata come quello prefigurato dal Trattato può garantirsi solo se venga assicurata l' uguaglianza delle opportunità tra i vari operatori economici. Affidare il compito di formulare le specifiche cui dovranno conformarsi gli apparecchi terminali, controllarne l' applicazione e omologare tali apparecchi ad un' impresa che mette in commercio apparecchi terminali equivale a conferire alla medesima il potere di determinare a suo piacimento

[219] Art. 6 direttiva 16 maggio 1988, n. 88/301, Concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni.

quali apparecchi terminali possano essere allacciati alla rete pubblica, concedendole in tal modo un evidente vantaggio sui suoi concorrenti.

52 Stando così le cose, la Commissione ha giustamente chiesto che la formulazione delle specifiche tecniche, il controllo della loro applicazione e l' omologazione fossero svolti da un ente indipendente dalle imprese pubbliche o private che offrono beni e/o servizi nel settore delle telecomunicazioni»[220]*.*

In particolare, la giurisprudenza comunitaria ha sempre confermato, almeno formalmente, il principio di imparzialità, ma va detto anche che, nella sostanza, esso è stato interpretato in modo molto flessibile.

Nella sentenza RTT/GB-INNO-BM la Corte ha affermato che gli artt*. 82 e 86 del TCE,*

"ostano a che uno Stato membro conferisca alla società che gestisce la rete pubblica di telecomunicazioni il potere di emanare norme relative agli apparecchi telefonici e di verificarne l'osservanza da parte degli operatori economici, qualora essa sia concorrente di questi ultimi sul mercato di detti apparecchi"[221].

E' interessante rilevare che la soluzione di questo caso non poteva essere ricercata facendo riferimento ad una norma di diritto comunitario derivato. Infatti la "direttiva Terminali", pur essendo già stata emanata, non era invocabile nella fattispecie non essendo ancora in vigore al momento della proposizione del giudizio.

---

[220] C.giust. 19.3.1991, causa C-202/88, Racc, 1991, I-223, Repubblica di Francia/Commissione Terminali, punti 51 e 52

[221] C. giust. 13.12.1991, causa C-18/88, Racc, 1991, I-5973, RTT/GB-INNO-BM, punto 25

Dunque, almeno nella sentenza citata, i Giudici di Lussemburgo ritengono che sia direttamente il TCE, fatte salve le eccezioni dallo stesso previste, ad imporre la dissociazione tra attività economica e funzioni di regolamentazione.

L'art. 6 della direttiva "Terminali" è stato successivamente oggetto di diverse pronunce della Corte. Nel caso Taillander[222] i Giudici del diritto comunitario hanno considerato incompatibile con la direttiva di cui si discorre la normativa francese che attribuiva a due diverse direzioni generali dello stesso Ministero il compito di svolgere funzioni normative e attività economiche. Invece, nel caso Lagauche[223], la legge belga che consentiva allo stesso ente (la RTT) di esercitare il potere di omologare gli apparecchi emittenti e riceventi telecomunicazioni, e, contemporaneamente, l'attività economica di offerta sul mercato di beni e servizi nel settore delle telecomunicazioni, è stata ritenuta dalla Corte compatibile con l'art. 6 della "direttiva Terminali". Ciò considerando il fatto che le decisioni con cui la RTT svolgeva le funzioni di regolazione, erano, da un lato, vincolate alle prescrizioni preventivamente emanate dal Ministero delle Telecomunicazioni e, dall'altro lato, impugnabili in sede giurisdizionale.

Ulteriori riflessioni sul tema sono suggerite dalla sentenza Albany[224].

In tale pronunzia i Giudici del diritto comunitario hanno negato che sussista una violazione del principio di imparzialità nel caso in cui il

[222] C. giust. 27.10.1993, causa C-92/91, Racc, 1993, I-5383
[223] C. giust. 27.10.1993, cause riunite C-46/90 e C-93/91, Racc 1993, I-5267
[224] C.giust 21.10.1999, causa C-67/96, Racc, 1999, I-5751

soggetto incaricato di gestire un fondo pensione di categoria obbligatorio sia, al tempo stesso, l'autorità incaricata del potere di concedere esenzioni dall'iscrizione al fondo.

La causa riguardava una controversia sorta in Olanda tra l'ente incaricato di gestire un fondo di previdenza integrativo ("il Fondo" o "l'Ente Gestore") ed un'impresa tessile, l'Albany. Per comprendere la causa va detto che il Fondo, in base ad un accordo sindacale ratificato dal Ministero competente, era l'unico soggetto abilitato a gestire un servizio di previdenza integrativa. L'accordo sindacale e la ratifica ministeriale, la quale rendeva obbligatorio il contenuto di tale accordo per tutti i lavoratori e per tutte le imprese di un determinato settore rientravano comunque nell'ambito di un sistema istituito tramite una legge. In questo contesto Albany chiedeva di negoziare un' uscita dal regime gestito dal Fondo avendo stipulato presso una compagnia di assicurazioni un altro regime pensionistico integrativo per i propri lavoratori. Albany considerava infatti poco generose le prestazioni offerte dal Fondo obbligatorio.

Quest'ultimo, però, a partire da un determinato periodo, aveva adeguato il valore delle proprie prestazioni a quelle offerte dalle altre compagnie di assicurazione (non era quindi applicabile la dottrina dell'abuso da inefficienza). L'Ente Gestore, però, respingeva la domanda ritenendo che l'esenzione dall'iscrizione avesse come presupposto della sua concessione la sussistenza di alcune particolari condizioni, stabilite nell'accordo sindacale e ratificate dal

provvedimento ministeriale che, nel caso concreto, ad avviso del Fondo stesso, non risultavano. Contro la decisione del Fondo l'Albany presentava reclamo presso un organo di conciliazione appositamente previsto dagli accordi sindacali. Tale organo, pur riconoscendo che le norme vigenti attribuivano al Fondo una semplice facoltà, non un obbligo, di concedere l'esenzione richiesta, consigliava alle parti di trattare l'uscita dal regime sulla base di condizioni eque. Il Fondo, non volendosi uniformare a tale parere, procedeva dinanzi all'Autorità Giudiziaria competente, la quale, a sua volta, decideva di rimettere ai Giudici del diritto comunitario le questioni relative all'applicabilità nella fattispecie delle regole di concorrenza e di libera circolazione dei servizi.

Per ciò che concerne gli argomenti che in questa sede rilevano (cioè il principio di imparzialità del regolatore)[225], la sentenza è imperniata su due punti: il primo riguarda l'assunto che non vi sono concrete possibilità che il Fondo abusi del suo potere, dal momento che esso "*si limita a verificare che ricorrano le condizioni fissate dal ministro competente*"[226]; il secondo è inerente alla necessità di garantire al Fondo una certa discrezionalità nelle determinazioni inerenti alle delicate questioni economiche:

«un fondo pensione di categoria può accordare un'esenzione ad un'impresa ove quest'ultima garantisca ai propri lavoratori un regime

[225] Su cui si v., fra gli altri, E. H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition* (Cambridge, Ma., 1933) e R. VAN DEN BERGH, *Introduzione: L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1993.

[226] C. giust. 21 ottobre 1999, causa C-67/96, Racc, 1999, I- 5751, Albany, punto 117

pensionistico che attribuisca loro diritti almeno equivalenti a quelli che derivano dal fondo, purché, in caso di uscita dal fondo stesso, venga proposta una compensazione per l'eventuale pregiudizio subito dal fondo, sotto il profilo tecnico-assicurativo, a seguito di tale uscita»[227].

La citata disposizione consente così ad un fondo pensione di categoria di esentare dall'obbligo di iscrizione un'impresa che assicuri ai propri lavoratori un regime pensionistico equivalente a quello da esso gestito, qualora tale esenzione non metta a repentaglio il suo equilibrio finanziario. L'esercizio di questo potere di esenzione implica una valutazione complessa di dati relativi ai regimi pensionistici di cui trattasi e all'equilibrio finanziario del fondo, valutazione che comporta necessariamente un ampio margine di discrezionalità.

La Corte sembra comunque lasciare al Giudice Nazionale una certa libertà nell'applicazione dei principi appena ricordati:

«Bisogna rilevare, tuttavia, che i giudici nazionali dinanzi ai quali, come nella fattispecie, venga proposta un'opposizione ad un'ingiunzione di pagamento dei contributi debbono esercitare, sulla decisione del fondo con cui viene negata una esenzione dall'iscrizione, un controllo che consenta loro almeno di verificare che il suddetto fondo non abbia fatto uso arbitrario della sua facoltà di concedere un'esenzione e che siano stati rispettati il principio di non discriminazione e le altre condizioni relative alla legittimità della decisione stessa»[228].

[227] C.giust.21.10.1999, causa C-67/96, Racc, I-5751, Albany, punti 118 e 119.

[228] C.giust.21.10.1999, causa C-67/96, Racc, I-5751, Albany, punto 121.

La sentenza può suscitare qualche perplessità. Infatti la Corte, quando verifica, in astratto, la sussistenza di un conflitto di interessi dal punto di vista "istituzionale" e "strutturale", sostiene che la competenza del fondo è sostanzialmente di carattere tecnico esecutiva; invece, quando si occupa in concreto, delle modalità di esercizio del potere nel caso di specie, riconosce al Fondo il diritto di valutare con notevole discrezionalità le richieste di esenzione. Inoltre, seguendo il ragionamento della sentenza, è concreto il pericolo che, in moltissimi casi, all'impresa titolare di diritti speciali ed esclusivi finalizzati allo svolgimento di un servizio pubblico sia consentito di esercitare, al tempo stesso, l'attività economica ed il potere di regolamentazione. E' infatti normale che l'impresa in parola conosca meglio dei concorrenti l'entità dell'onere derivante dall'obbligo di garantire gli interessi generali, sia per quanto concerne gli aspetti finanziari sia per ciò che riguarda gli strumenti idonei a farvi fronte. Ma è al tempo stesso naturale che tale impresa tenti di difendere i suoi interessi anche oltre le reali necessità del servizio pubblico.

La sentenza Albany contiene, dunque, alcune affermazioni contraddittorie. Pertanto non è agevole comprendere quale sia, in base alla giurisprudenza comunitaria l'esatto significato da attribuire al principio di imparzialità del regolatore.

Il principio di imparzialità viene comunque ribadito, almeno formalmente, in tutte le sentenze della Corte di giustizia ed in tutte le normative di liberalizzazione. Esso può tradursi nell'obbligo, da parte

degli Stati membri, di affidare ad un soggetto indipendente il compito di svolgere le principali funzioni di regolamentazione di un determinato settore economico, oppure nell'obbligo di istituire un sistema nel quale l'organismo regolatore, pur non essendo del tutto imparziale nei confronti degli interessi in causa, sia, da un lato, vincolato a prescrizioni preventivamente emanate dai poteri pubblici, e, dall'altro, soggetto ad un controllo di legittimità del suo operato in sede giurisdizionale. Ciascuna materia può tuttavia presentare alcune particolarità. Esse derivano dall'esigenza di consentire lo svolgimento della missione di interesse economico generale, le cui necessità possono variare da settore a settore, ma anche dalle pressioni che gli Stati membri esercitano per cercare di salvaguardare le loro competenze ed i loro interessi nazionali.

3.9 *Diritti speciali ed esclusivi e intese restrittive della concorrenza*

Come si è già detto, risultano incompatibili con il TCE gli atti con cui uno Stato membro impone od agevola la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 o rafforza gli effetti di siffatti accordi, ovvero toglie alla propria normativa il suo carattere pubblico, delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica. Provando ad interpretare e sintetizzare le idee della Corte, l'applicabilità dell'art. 81 non può essere limitata all'esistenza di una misura normativa quando quest'ultima attribuisce

agli operatori economici una delega incondizionata ex ante a prendere decisioni che normalmente spettano alle pubbliche autorità, oppure quando decisioni di carattere imprenditoriale degli operatori economici vengono rafforzate attraverso una ratifica acritica ex post da parte dei poteri pubblici[229].

Il percorso evolutivo della Corte sulla materia è ben lontano dall'aver trovato completezza e solidità, tuttavia, alcune sentenze sul tema offrono importanti chiarimenti.

Le norme del TCE a tutela della concorrenza non ostano a che la normativa di uno Stato membro preveda che le tariffe dei trasporti di merci su strada siano approvate e rese esecutive dalla pubblica autorità, sulla base di proposte di un comitato, se quest' ultimo è composto da una maggioranza di rappresentanti dei pubblici poteri, a fianco di una minoranza di rappresentanti degli operatori economici interessati, e deve rispettare nelle sue proposte determinati criteri di interesse pubblico e se, peraltro, i pubblici poteri non rinunciano alle loro prerogative, tenendo conto, prima dell' approvazione delle proposte, dei rilievi di altri enti pubblici e privati, o addirittura fissando le tariffe d' ufficio.

Infatti tale normativa

_ non impone o agevola la conclusione di intese contrarie all' art. 81, né rafforza gli effetti di siffatte intese, né delega ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d' intervento in materia economica;

---

[229] Cfr. G.TESAURO, op cit, pg. 382; N. RANGONE, *Principi comunitari e disciplina interna della concorrenza: l'abuso della posizione dominante in un'analisi per casi*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1328 ss. ; L. AMMANNATI, *Concorrenza in Europa*, CEDAM, 1998; E. M. APPIANO, *Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 3, 1994, p. 317.

_ non attribuisce agli operatori economici una posizione dominante collettiva, che sarebbe caratterizzata dall' assenza di rapporti concorrenziali tra loro;

_ si limita a fissare le condizioni di accesso al mercato e taluni elementi del comportamento delle imprese, segnatamente in materia di prezzi, senza però conferire a queste ultime il carattere di imprese pubbliche né riconoscere loro diritti esclusivi o speciali né incaricarle della gestione di servizi d' interesse economico generale;

_non opera alcuna distinzione in base all' origine delle sostanze trasportate, non ha per oggetto di disciplinare gli scambi di merci con gli altri Stati membri ed è idonea a produrre sulla libera circolazione delle merci effetti restrittivi troppo aleatori e indiretti perché l' obbligo sancito dalla medesima possa essere considerato atto ad ostacolare il commercio tra gli Stati membri.[230]

La Corte, ormai parecchi anni fa, ha anche avuto modo di occuparsi di una fattispecie (a proposito di convenzioni sulle tariffe da applicare ai voli di linea) in cui venivano in considerazione sia il §1 dell'art. 86 sia l'art. 81 del TCE.

In quell'occasione la Corte di giustizia ha precisato che sebbene le norme sulla concorrenza di cui agli artt . 81 e 82 del trattato riguardino il comportamento delle imprese, non già i provvedimenti adottati dalle autorità degli Stati membri, l' art . 10 del trattato obbliga tuttavia le seconde a non adottare né mantenere in vigore provvedimenti tali da rendere praticamente inefficaci le norme sulla concorrenza stessa.

[230] C.giust. 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Racc, 1995, I-2883, Spediporto, punto 1 della massima

"Nel caso particolare delle tariffe per voli di linea, tale interpretazione del trattato trova conferma nell' art . 86, § 1, dello stesso, a norma del quale le autorità nazionali, per quanto riguarda le imprese alle quali esse attribuiscono diritti speciali o esclusivi, come quello di effettuare da sole o con una o due altre imprese un collegamento aereo, non devono adottare né mantenere in vigore provvedimenti che siano incompatibili con le norme sulla concorrenza di cui agli artt . 81 e 82[231]" .

La sentenza citata riguardava, sostanzialmente, un'intesa incompatibile con l'art. 81 del TCE posta in essere da diverse imprese e ratificata acriticamente *ex post* dalle pubbliche autorità. Il fatto che alcune delle imprese protagoniste fossero pubbliche, o comunque destinatarie di determinati privilegi, non interessava direttamente la fattispecie, dal momento che non erano in discussione la concessione o l'esercizio di diritti speciali ed esclusivi. Il § 1 dell'art. 86 veniva quindi, richiamato più per confermare la bontà di una determinata interpretazione degli artt. 10 ed 81 TCE che per una reale necessità inerente alla soluzione della causa.

Comunque sia, dalle pronunzie ora citate, e dalle altre riguardanti la concorrenza[232], possono trarsi alcune indicazioni interessanti. In primo luogo, la ratifica acritica *ex post* e la delega incondizionata *ex ante*, non si traducono, almeno di norma, nel conferimento di un diritto

[231] C.giust. 11 aprile 1989, causa 66/86, Racc, 1989, 803, Ahmed Saed, punti 1 e 6 della massima.
[232] Si veda per tutte v. C giust. 17.11.1993, causa C-2/91, Racc, 1993, I-5751, Meng; 18.6.1998, causa C-35/96, Racc, 1998, I-3851, Commissione/Italia "Spedizionieri doganali"

speciale o esclusivo. In secondo luogo, non si può escludere che il §1 dell'art. 86 possa venire applicato congiuntamente all'art. 81. Tale ultima evenienza potrebbe realizzarsi, per esempio, nel caso in cui due o più imprese pubbliche e/o titolari di diritti speciali, e/o di diritti esclusivi riguardanti ambiti territoriali diversi, dessero luogo ad un'intesa restrittiva della concorrenza; tale intesa potrebbe inoltre, eventualmente, essere favorita da una delega incondizionata *ex ante* o da una ratifica acritica *ex post*. Potrebbe, inoltre, darsi il caso di un'impresa privilegiata che stringa un accordo con una sola altra impresa (non titolare di privilegio); ove tale accordo avesse ad oggetto, in qualche modo, i diritti speciali ed esclusivi, potrebbe risultare necessaria un'analisi anche in base al §1 dell'art. 86 letto insieme con l'art. 81. Un'altra possibilità, forse più remota, è quella che si verifichino alcune singolari circostanze per cui le misure normative che favoriscono l'intesa consistano nella concessione di diritti speciali oppure di diritti esclusivi con riguardo ad ambiti territoriali diversi.

In linea di principio, nelle situazioni cui si è accennato, richiamare il §1 dell'art. 86 non sembra indispensabile. Infatti l'effetto utile delle regole di concorrenza potrebbe essere già garantito dal combinato disposto degli artt. 10 ed 81 oppure del §1 dell'art. 86 con l'art. 82 (eventualmente a titolo di abuso si posizione dominante collettiva). Tuttavia, non si può escludere che, in taluni particolarissimi casi, debba farsi riferimento alle regole che risultano dal §1 dell'art. 86 considerato

assieme all'art. 81. Sul punto non va dimenticato che il ricorso all'art. 86 consente alla Commissione un controllo particolarmente penetrante sulle misure nazionali.

Sembra invece più difficile che l'esame congiunto del § 1 dell'art. 86 e dell'art. 81 possa condurre ad avallare una "dottrina degli effetti" simile a quella illustrata a suo tempo con riguardo all'abuso di posizione dominante. Infatti tale dottrina presuppone, in pratica, l'illegittimità per sé della misura normativa che attribuisce un diritto speciale ed esclusivo, ma l'esistenza di un diritto esclusivo non ammette, in linea di principio, l'esistenza di una pluralità di imprese che possano accordarsi tra di loro e dunque esclude la stessa configurabilità di un'intesa anticompetitiva. Occorre comunque ammettere che potrebbero rientrare nel campo di applicazione del §1 dell'art. 86, in combinato disposto con l'art. 81, le fattispecie riguardanti la concessione di diritti speciali, oppure di diritti esclusivi in relazione ad ambiti territoriali distinti, che inducano necessariamente le imprese beneficiarie a porre in essere delle intese restrittive della concorrenza[233].

Rimane la possibilità che vengano concessi diritti speciali oppure più diritti esclusivi in relazione ad ambiti territoriali distinti e che ciò induca necessariamente le imprese privilegiate a porre in essere intese restrittive della concorrenza.

---

[233] Sulle intese restrittive si v. H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, , West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1994, p. 273. M. CLARICH, *Il ruolo dell'Autorità garante della promozione della concorrenza*, in La tutela della concorrenza:regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno tenuto a Roma 20-21 novembre 1995.

3.10 *Osservazioni conclusive.*

Le regole elaborate dalle Istituzioni europee applicando il § 1 dell'art. 86 insieme alle norme di concorrenza e del mercato unico rappresentano certamente una delle più caratteristiche creature del diritto comunitario. Tuttavia, alla luce dell'analisi sin qui condotta l'elaborazione giurisprudenziale in merito non può ancora considerarsi del tutto soddisfacente.

In particolare, verificare caso per caso quando i diritti speciali ed esclusivi, in quanto tali, siano legittimi e quando no, appare un esercizio di notevole difficoltà, i cui esiti risultano quasi sempre di dubbio valore se vengono astratti dal contesto in cui nascono.

La formula in base alla quale la situazione di illegalità si realizza quando il titolare dei privilegi, in ragione dei privilegi stessi, si trova in una situazione in cui è "necessariamente" indotto a violare le norme del TCE non sembra risolutiva di tutti i problemi. E' stato infatti notato " *the problem is that strictly speaking no exclusive right necessariliy leads to abuse, and, on the other hand all exclusive rights favour abuse*" [234].

Per questo motivo parte della dottrina[235] ritiene si debba optare per un approccio alla problematica simile a quello adottato in alcuni atti della Commissione. Tale approccio consisterebbe nel considerare i

[234] J.L. Buendia Sierra, *Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence*, in Competition Policy Newsletter, v. 2, n. 3, 1996, 1996, p. 187

[235] J.L. Buendia Sierra, Exclusive rights and State monopolies under EC law, Oxford U.P, 1999

diritti speciali ed esclusivi, in linea di principio, contrari alle regole del mercato unico e della concorrenza. Naturalmente, la presunzione di illegalità verrebbe a cadere se i privilegi in discorso dovessero rivelarsi del tutto "neutri" nei confronti delle regole de TCE, oppure, se risultasse applicabile una delle varie eccezioni previste dal diritto comunitario. In relazione a queste ultime si ha l'impressione di poter contare su un'elaborazione giurisprudenziale e dottrinaria più precisa e solida[236] .

La Corte, negli ultimi anni, pur ripetendo sempre che il semplice fatto di concedere particolari privilegi ad una o più imprese non è, di per sè, incompatibile con il TCE, sembra orientarsi verso l'interpretazione proposta dalla dottrina citata e dalla Commissione[237] .

Va però rilevato che i Giudici del diritto comunitario sembrano seriamente intenzionati a mettere un certo equilibrio tra le ragioni della concorrenza e le esigenze degli Stati membri in relazione alle attività di interesse generale. Infatti, a fronte dell'interpretazione più severa del §1 dell'art. 86 della quale si è appena dato conto, può osservarsi una forte valorizzazione della deroga di cui al § 2 dell'art. 86 (su cui v.infra cap.IV); tale norma, nelle ultime sentenze richiamate, sembra applicata in modo visibilmente più ampio rispetto a quanto ci si poteva attendere facendo riferimento alla giurisprudenza loro precedente[238].

---

[236] Sul tema v. anche le conclusioni dell'avvocato Generale Tesauro nel caso Corbeau.

[237] così ad esempio, C.giust. 19.5.1994, causa C-320/91, Racc, 1993, I-2433, Corbeau; 21.10.1999, causa C-67/96, Racc, 1999, I-5751, Albany; 10.2.2000, cause riunite C-147/97 e C-148/07, Racc, 2000, I-825, Deutsche Post.

[238] Ulteriori considerazioni su tale sentenza verranno svolte *infra* cap.IV.

Non mancano pronunce in cui la discussione non verte sulla sussistenza o meno di ragioni oggettive che giustificano il privilegio o il comportamento, ma si concentra piuttosto nella verifica preventiva dell'effettivo carattere restrittivo del privilegio stesso[239] .

In definitiva, la posizione della Commissione sembra, da un punto di vista giuridico, la più rigorosa e persuasiva. Tuttavia, da un punto di vista "politico", non sembra conveniente affermare che uno degli strumenti che gli Stati membri normalmente adoperano per motivi di politica economica o industriale (cioè la concessione di diritti speciali ed esclusivi) sia, salvo deroghe, incompatibile con il Trattato. Ragioni di prudenza ed equilibrio consigliano invece un approccio simile a quello fatto proprio dalla Corte di Giustizia[240].

---

[239] così ad esempio, in C. giust. 5.10.1994, causa C-323/93, Racc, 1994, I-5077, La Crespelle 14.12.1995, causa C-387/93, Racc, 1995, I-4663, Canchero

[240] Cfr. R. H. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988 (trad. it., *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995); J.E. STIGLITZ, *The Economic Role of State* (1989), traduz. it. Il *ruolo economico dello stato*, Il Mulino, Bologna, 1992, 86 ss; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari-Roma, 1999.

CAP. IV

I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE: LA DEROGA DELL'ART. 86 §2:

4.1 *L'interesse economico generale.*

Il presupposto fondamentale per poter applicare l'eccezione prevista dal §2 dell'art. 86 è rappresentato dal fatto che un'impresa sia incaricata di svolgere un servizio di interesse economico generale.

Il TCE non specifica in cosa consista un tale genere di servizio ma dalla giurisprudenza comunitaria si possono trarre alcuni criteri che aiutano a risolvere i casi concreti.

Va subito premesso che la nozione in esame si caratterizza per una certa relatività: essa può variare in relazione ai diversi settori che, di volta in volta, vengono considerati ed in funzione dei cambiamenti sociali ed economici che si verificano nel tempo.

Tal approccio dinamico viene autorevolmente considerato, almeno in una certa misura, non solo corretto, ma anche opportuno e utile[241].

Sull'interesse economico generale, La Corte di giustizia ha assunto inizialmente un atteggiamento di estrema prudenza: infatti, a mio avviso, più che procedere all'elaborazione di un concetto ha cercato in

[241] K. VAN MIERT, *La mission d'interet economicque générale e l'article 86/2 du Traité dans la politique de la Commission*, 1997, 275, 288; N. RANGONE, *I servizi di interesse generale in Europa,* in Giorn. dir. amm., 1997, pg. 386 ss.; L. R. PERFETTI, *I servizi di interesse economico generale e i servizi pubblici*, «Riv. it. dir. pub.com.», 2001, pg. 479 ss

modo pragmatico di trovare la soluzione migliore per le fattispecie al suo esame, adoperando una tecnica che si potrebbe definire "descrittiva". Per esempio, nella sentenza Porto Mertet si dice semplicemente che può beneficiare della deroga di cui al §2 dell'art. 86 del TCE,

«un'impresa che, nel gestire il più importante sbocco fluviale dello Stato cui appartiene, fruisce di determinati privilegi per l'adempimento del compito affidatole dalla legge ed intrattiene a tale scopo stretti rapporti con la pubblica amministrazione»[242]

Nella sentenza Porto di Genova, altrettanto semplicemente, si afferma:

«non risulta dagli atti di causa trasmessi dal giudice nazionale né dalle osservazioni presentate alla Corte che l' interesse economico generale legato alle operazioni portuali abbia un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica e nemmeno che, se così fosse, l' applicazione delle norme del Trattato, in particolare di quelle in materia di concorrenza e in materia di libera circolazione, osterebbe all' adempimento di siffatta missione»[243]

Nella sentenza Corbeau, invece, la Corte spiega con maggiore precisione in cosa può consistere l'interesse economico generale:

«è indiscutibile che la Régie des postes sia incaricata di un servizio di interesse economico generale che consiste nell' obbligo di effettuare la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza, a favore di tutti gli utenti, su tutto il territorio dello

[242] C.giust. 14 giugno 1971, causa 10/71, Racc, 1971, 723,P.M. Lussembrurghese/Muller "porto Mertet", punto 2 della Massima

[243] C.giust.19.12.1991, causa 179/90, Racc. 1991, I-5889, Porto di Genova, punto 27.

Stato membro interessato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione»[244]

In termini simili i Giudici del diritto comunitario si esprimono nel caso Almelo:

«Quanto al se un' impresa, come la IJM, sia stata incaricata della gestione di servizi di interesse generale, va ricordato che essa ha ricevuto, attraverso una concessione di diritto pubblico non esclusiva, il compito di provvedere alla fornitura di energia elettrica in una parte del territorio nazionale (…). Al riguardo occorre rilevare che tale impresa deve garantire l' approvvigionamento continuo di energia elettrica in tutto il territorio oggetto della concessione, a tutti gli utenti, distributori locali o consumatori finali, nelle quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizioni che possono variare solo secondo criteri obiettivi applicabili all' intera clientela»[245]

---

[244] C.giust.19.5.1993, causa C-320/91, Racc, 1993, I-2533, Corbeau, punto 15. Nell'occasione la Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con le regole comunitarie di concorrenza di una fattispecie dove, in virtù di una espressa riserva normativa, un dato soggetto non solo beneficiava di un diritto esclusivo di erogare un servizio di interesse generale (nella specie si trattava dell'ente pubblico tenuto a prestare il servizio postale nazionale), ma in qualche modo godeva di un'estensione del suo diritto di esclusiva relativamente a dei servizi distinti ma contigui a quelli caratterizzanti la sua missione di interesse collettivo (l'Ente poste godeva infatti di un'esclusiva anche nel settore del servizio di corriere rapido). In queste circostanze, la Corte ha sancito che una esclusiva normativamente riservata conferita ad un soggetto al fine di assolvere un servizio di interesse generale, può essere considerata illegittima se esorbitante, vale a dire allorquando siffatta esclusiva abbia ad oggetto anche servizi specifici, dissociabili dal servizio di interesse economico generale, che rispondono a bisogni particolari ed esigono prestazioni supplementari, sempreché, però, il fatto di sottrarre la titolarità di tali servizi al soggetto investito della missione di interesse collettivo non metta poi in causa l'equilibrio economico di tutto il servizio stesso.

[245] C.giust, 27 aprile 1994, causa C-393/92, Racc, 1994, I-1447; Almelo, punti 47 e 48

Sostanzialmente in linea con le citate sentenze sembra muoversi la Commissione, la quale ha avuto modo di affermare che i servizi menzionati dall'art. 86 sono "*servizi forniti dietro retribuzione, che assolvono a missioni di interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico*" (allegato II alla comunicazione della Commissione "I servizi di interesse generale in Europa")[246].

Alla luce di quanto appena ricordato sembra si possa concordare con la dottrina che ha efficacemente affermato "*c'est la nature esorbitante de cette mission qui s'avère déterminante. Ce caractère exceptionnel tient à son objet et aussi des conditions dans lesquelles elle doit etre anurée*" [247]

Il servizio di interesse economico generale, dunque, si contraddistingue per il fatto di presentare dei caratteri di "eccezionalità", i quali sembrano riguardare, soprattutto, l'oggetto del servizio e le condizioni in base alle quali deve essere offerto. Più precisamente, sotto il primo profilo, occorre considerare che, sostanzialmente, tramite i servizi in parola vengono soddisfatti, direttamente o indirettamente, diritti fondamentali dei cittadini e/o esigenze primarie del sistema produttivo[248].

---

[246] In Guce 2001/C 17/04.

[247] R. Kovar, *Droit Communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laiciste*, in Revue trimestrielle de droit européenn, 215-242 e 493-533, 1996.

[248] Per una valutazione critica complessiva si v. A. BENEDETTI, Costituzione europea e servizi di interesse economico generale, in Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea, a cura di M. Scudiero M., Napoli, Jovene, 2005, Vol. II, pg. 1575 ss; G. NAPOLITANO, Regole e mercato nei servizi pubblici, Bologna, il Mulino, 2005, pg. 17 ss.; più in sintesi, L.

Sotto il secondo profilo, sintomatico del carattere di "eccezionalità" si rivela, soprattutto, il fatto che un determinato servizio, in base a scelte discrezionali dei poteri pubblici, debba essere necessariamente allestito, garantito nel suo svolgimento ed obbligatoriamente offerto anche al "cliente non redditizio"[249]

4.2 *La funzione del §2 dell'art. 86 del Trattato CE*

Le indicazioni che si possono trarre dalle comunicazioni della Commissione e dalle sentenze della Corte di Giustizia non sembrano offrire elementi sufficienti per giungere ad una vera e propria definizione astratta del concetto di interesse generale.

Forse però, a mio parere, una maggiore puntualità della definizione non è nemmeno indispensabile. Infatti, la convivenza, nell'ambito di una determinata attività, di interessi puramente economici e di esigenze attinenti all'interesse generale, sembra rappresentare solo il presupposto per sottoporre a particolari obblighi e per riconoscere particolari vantaggi alle imprese che si impegnano a perseguire l'interesse generale[250]. E' proprio la Corte di giustizia a

AMMANNATI, Servizi pubblici e privatizzazioni, in I servizi pubblici in ambiente europeo, a cura di A. MASSERA, Plus, Pisa, 2001, pg. 81 ss.

[249] In merito v. anche punti 15 e 22 della comunicazione della Commissione "I servizi di interesse generale in Europa", in Guce C 17 del 19.1.2001

[250] Cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in atti del convegno "I pubblici servizi" della Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, «Annuario 2001», Giuffrè, Milano, 2002, pg. 63 ss; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., pg. 271 ss.

riconoscere questa situazione, per esempio nelle sentenze Corbeau e Almelo, laddove precisa che, una volta riconosciuta una determinata attività come rispondente ad un interesse economico generale, rimane da verificare se i particolari privilegi concessi, in relazione con in particolari obblighi imposti, siano compatibili con il diritto comunitario della concorrenza, siano cioè necessari affinché l'impresa riesca a svolgere la sua missione:

«Restrizioni della concorrenza da parte di altri operatori economici devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell' impresa incaricata. A questo proposito, si deve tenere conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l' impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare e delle normative, soprattutto in materia di ambiente, alle quali è soggetta»[251]

«Anche se l' obbligo del titolare del diritto esclusivo di svolgere una funzione d' interesse generale, garantendo i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico, presuppone la possibilità di una compensazione fra i settori di attività redditizi e settori meno redditizi, e giustifica quindi una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati nei settori economicamente redditizi, siffatta limitazione della concorrenza non si giustifica tuttavia in tutti i casi. In particolare, essa non è ammissibile qualora si tratti di servizi specifici, separabili dal servizio d' interesse generale (…) nella misura in cui tali servizi, per loro natura e per le condizioni nelle quali essi sono offerti

---

L. R. PERFETTI, I servizi di interesse economico generale e i servizi pubblici, «Riv. it. dir. pub.com.», 2001, pg. 479 ss.

[251] C.giust, 27 aprile 1994, causa C-393/92, Racc, 1994, I-1447; Almelo, punto 49

(…) non compromettano l' equilibrio economico del servizio d' interesse economico generale esercitato dal titolare del diritto esclusivo».[252]

4.3 *Servizio pubblico e servizio universale.*

La specifica missione affidata alle imprese che operano nei settori di interesse economico generale, nella maggior parte dei casi, prende le forme degli obblighi di servizio pubblico e/o di servizio universale.

Dal punto di vista storico, va notato che la tradizione giuridica dei paesi a diritto amministrativo tende ad identificare il "servizio pubblico" con un'attività che, per motivi di interesse generale, viene riservata ai pubblici poteri e da questi gestita direttamente oppure affidata a terzi in regime di esclusiva. Invece, nei paesi di common law, si parla di servizio universale con riferimento a quelle attività che è opportuno (da un punto di vista eminentemente politico) siano offerte alla generalità dei cittadini ed in base a determinate e particolari regole, concernenti, soprattutto, la continuità, la qualità e l'abbordabilità dei servizi stessi[253].

Nelle normative comunitarie le due nozioni in parola presentano notevoli similitudini: entrambe vogliono esprimere l'insieme dei particolari obblighi che le imprese incaricate di garantire i servizi di

[252] C.giust 19 maggio 1993, causa C-320/1991, Racc, 1993, I-2533, Corbeau punto 2 della massima

[253] Per una ricostruzione storico-normativa sia consentito rinviare a G. F. CARTEI, Il servizio universale, Giuffrè, Milano, 2002, pg. 101 ss.; V. GASPARINI CASARI, Il servizio universale, «Dir. ec.», 2000, pg.g273 ss.;

interesse economico generale devono osservare per fare in modo che la loro attività risulti rispettosa di determinate esigenze di i continuità, qualità, uguaglianza, abbordabilità e sicurezza.

L'approccio della Comunità non può stupire se solo si considera che uno degli aspetti dei "servizi pubblici in senso tradizionale", ossia la proprietà pubblica, non può essere considerato decisivo nel diritto comunitario, dal momento che, ai sensi dell' art. 296 del TCE, il regime della proprietà rimane nelle prerogative degli Stati membri.

Fatte queste premesse generali va ricordato che la locuzione servizio pubblico è presente già nel TCE il quale, riferendosi ai trasporti, afferma che sono compatibili con il TCE gli aiuti corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico esercizio[254]. Una terminologia simile è stata adottata nel diritto derivato che regola il settore dei trasporti ed il settore dell'energia.

La nozione di servizio universale è invece più recente, essa compare per la prima volta nei lavori preparatori delle normative in materia di poste e telecomunicazioni e trova poi definitiva affermazione nelle normative che hanno regolato detti settori.

Esso viene descritto come

"*un insieme minimo definito di servizi, di una data qualità, a disposizione di tutti gli utenti, indipendentemente dalla loro*

[254] Cfr. G. MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici, a cura di A. BRANCASI, il Mulino, Bologna, 2003, pg. 324.

localizzazione geografica e offerto, in funzione delle specifiche condizioni nazionali, ad un prezzo abbordabile"[255]

Per fare un confronto con l'obbligazione di servizio pubblico è utile ricordare quanto dispone il regolamento 20.6.1991, n. 1893/91, relativo allo sviluppo delle ferrovie comunitarie:

> *« [art.1.4 Per garantire servizi di trasporto sufficienti (…) le competenti autorità degli Stati membri possono concludere contratti di servizio pubblico con un'impresa di trasporto. Le condizioni e le modalità di tali contratti sono definite nella sezione V (…)*
> *[sez.V, art 14.2. Il contratto di servizio pubblico comprende tra l'altro i seguenti punti a) le caratteristiche dei servizi offerti, segnatamente le norme di continuità, capacità, regolarità e qualità; b) il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto, che si aggiunge alle entrate tariffarie o comprende dette entrate, come pure le modalità delle relazioni finanziarie tra le due parti »* [256]

Dunque, dal tenore delle normative di liberalizzazione sembra che, sotto il punto di vista dei doveri posti a carico delle imprese, esercizio universale ed esercizio pubblico non si differenzino in modo significativo. I concetti in parola, inoltre, si caratterizzano per una certa dinamicità, dal momento che vengono definiti e specificati, in diversa misura, dalle norme riguardanti ciascun settore[257].

[255] Art. 2, §2 lett.f, direttiva 26.2.1998, n. 98/10, Servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale".

[256] art.1 §4 e 14 § 2 regolamento 20.6.1991, n. 1893/91 "Sviluppo delle ferrovie comunitarie"

[257] Per taluni aspetti problematici della disciplina, N. L. MILLARD, Universal Service, Section 254 of The Telecommunications Act 1996: A Hidden Tax?, «Federal Communications Law Journal», 1997, pg. 260 ss.; I. LOCATELLI, Il costo del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche,

Il servizio universale ed il servizio pubblico sembrano acquistare sempre maggiore importanza; essi rappresentano la specifica missione di interesse generale di cui parla il §2 dell'art 86 e devono essere esplicitamente conferiti tramite un atto dei poteri pubblici.

Comunque il concetto di interesse economico generale costituisce una nozione molto ampia che rappresenta il presupposto, sia logico che giuridico, dei concetti di servizio pubblico e di servizio universale, i quali possono essere considerati, in un certo senso, compresi nel primo. In altre parole, le locuzioni servizio pubblico e servizio universale indicano i precisi obblighi che alcune normative comunitarie (e le normative nazionali di recepimento) impongono alle imprese che operano nei settori di interesse economico generale[258].

Invece dal punto di vista dei cittadini-utenti è stato giustamente notato che almeno parzialmente, i principi del servizio universale (e del servizio pubblico di cui alle normative comunitarie di liberalizzazione) rappresentano un importante strumento per riconoscere loro pretese giuridicamente tutelate alla fruizione di prestazioni essenziali [259].

«Mercato concorrenza regole», 2003, pg. 465.

[258] Cfr. L. G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in Dir.Un. Eur., 1998, pg. 530; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Giuffrè, Milano, 1998, pg. 135 ss.; A. PERICU, Impresa e obblighi di servizio pubblico. (L'impresa di gestione di servizi pubblici locali), Giuffrè, Milano, 2001, pg. 296 ss.

[259] G.NAPOLITANO, *Il servizio universale e di diritti dei cittadini utenti*, in Concorrenza e Mercato 429-455, 2000.

4.4 *La missione di interesse economico generale e le deroghe alle regole del TCE*

In presenza di un'attività di interesse generale la possibilità di derogare alle regole della concorrenza deriva da una semplice considerazione: gli artt. 81 e ss. sono destinati alle imprese che agiscono liberamente sul mercato, essi non possono quindi venire applicati, *tout court*, agli organismi ai quali si chiede di agire prescindendo, in una certa misura, dalla redditività di ogni singola operazione ad anzi tenendo conto, in vari modi dell'interesse generale[260].

Per compensare gli obblighi inerenti alla missione di interesse economico generale:

i) possono essere attribuiti alle imprese che ne sopportano il peso dei diritti speciali ed esclusivi, il cui conferimento è, in generale, limitato dal §1 dell'art. 86 TCE:

ii) oppure possono porre dei limiti all'applicabilità della disciplina della concorrenza di cui gli artt. 81ss.TCE;

iii) possono risultare accettabili deroghe alle regole comunitarie relative alla libera circolazione delle merci e dei servizi;

iv) ovvero legittimi determinati aiuti di Stato.

---

[260] R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 2003, pg. 32; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, «Riv. trim. dir. pub.», 2003, pg. 95 ss.; sul valore solo programmatico della norma, E. Scotti, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, CEDAM, Padova, 2003, pg. 152.

Insomma è possibile, in un modo o nell'altro, derogare ad alcune delle regole previste dal TCE.

L'applicabilità dell'eccezione di cui sub i) è stata riconosciuta, per esempio nei casi Corbeau ed Albany, nei quali viene affermato il principio secondo cui possono essere concessi diritti speciali ed esclusivi in servizi "redditizi" se ciò risulti necessario per garantire l'equilibrio economico dell'impresa che si fa carico dei servizi "non redditizi" (sistema della cd. sovvenzione incrociata)[261].

L'eccezione di cui sub ii) è stata ammessa, per esempio, nel caso Almelo, in cui la Corte ha giudicato che il §2 dell'art. 86 può, a determinate condizioni, giustificare il comportamento di un distributore regionale di energia elettrica che imponga una clausola di approvvigionamento esclusivo nei confronti di distributori locali, anche se la fattispecie potrebbe essere inquadrata, in linea di principio, tra i comportamenti vietati dagli artt. 81 ed 82 del TCE[262].

In relazione all'ipotesi di cui sub iii), rilevano le sentenze del 23.10.1997, riguardanti alcune normative nazionali in materia di diritti

---

[261] P. M. HUBER, L'armonizzazione dei servizi di interesse economico generale in Europa ed i suoi limiti, «Servizi pubblici e appalti», 2005, pg. 86 ss; G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario,* 2004, pg. 34 ss.

[262] Cfr. D. SORACE, *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, «Dir. pub.», 2004, pg. 1018 ss.; F. DI PORTO, *Regolazioni di "prima" e "seconda" generazione: la liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, «Mercato concorrenza regole», 2003, pg. 201 ss.

esclusivi di importazione ed esportazione di elettricità e gas[263], nelle quali si afferma che motivi di interesse economico generale possono giustificare il mantenimento di normative nazionali non conformi alle regole in materia di libera circolazione delle merci.

Sull'eccezione di cui sub iv (possibilità di concedere aiuti di Stato per compensare gli obblighi di esercizio pubblico) vanno segnalate invece le sentenze della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado che hanno riguardato il caso FFSA/Commissione[264], nonché i punti 26 e 34 della comunicazione della Commissione "I servizi di interesse generale in Europa" (Guce C 17 del 19.1.2001).

Alla fine degli anni '80, e soprattutto negli ano '90, le Istituzioni Comunitarie hanno ritenuto di avere il potere ed il dovere di regolare la deroga in argomento: hanno cioè progressivamente emanato una serie di atti normativi, con i quali, spesso riprendendo e applicando principi già espressi dalla giurisprudenza comunitaria, sono stati stabiliti, a volte con notevole precisione a volte in modo generico, diritti e doveri delle imprese operanti nei settori riconducibili al concetto di servizio di interesse economico generale. Questa politica è stata sostanzialmente avallata dalla Corte di giustizia e ha condotto alla formazione di una disciplina discretamente organica dei servizi pubblici.

---

[263] C. giust. 23.10.1997, causa C-157/94, Racc, 1997, I-5699, Commissione/Paesi Bassi; 23.10.1997, causa C-158/94, Racc, 1997, I5789, Commissione Italia; 23.10.1997, causa C-160/94, Racc, 1997, I-5851, Commissione/Spagna

[264] C.giust.25.3.1998, causa C-174/97, Racc, 1998, I-1304; Trib. 1° CE 27.2.1997, II-232; ma v.anche la reente C. giust.22.11.2001, causa C-53/00, Racc, 2001, I-9067 Ferring

4.5 *Obblighi di compensazione delle missioni di interesse generale.*

Si è detto che le imprese incaricate di svolgere un servizio di interesse generale possono beneficiare di determinati vantaggi; rimane da chiarire se, ai sensi dell'art. 86 del TCE, gli Stati membri sono obbligati a ricompensare le imprese che svolgono i servizi in argomenti, o comunque quali siano i diritti di tali imprese nei confronti degli Stati.

La Corte di giustizia avuto modo di occuparsi di tale problema in una fattispecie che riguardava due imprese finlandesi, soggette ad un obbligo di servizio pubblico, le quali chiedevano di essere esonerate dalla prestazione di una parte di tale servizio, dal momento che l'ottemperanza ai relativi obblighi comportava per esse significativi svantaggi economici (occorre però precisare che la controversia riguardava anche e soprattutto la corretta interpretazione del regolamento 20.6.1991, n. 1893/91).

Secondo la Corte di giustizia, in una situazione come quella descritta, il diritto comunitario non obbliga gli Stati membri ad accogliere le domande di esonero[265] .

La decisione desta fra la dottrina qualche perplessità. Logica vorrebbe che quando un obbligo di servizio pubblico comporta degli

[265] C. giust. 17.9.1998, causa C- 412/96, Racc, 1998, I-5141, Kainuun Liikenne e Pohjolan Liikenne

oneri esorbitanti per un'impresa quest'ultima debba essere ricompensata per i suoi sforzi[266].

Nella sentenza si precisa comunque,

"il rigetto della domanda può essere motivato solo dalla necessità di garantire sufficienti servizi di trasporto. Questa nozione deve essere valutata, conformemente all'art. 3 del regolamento 1199/69, in funzione dell'interesse generale, delle possibilità di ricorso ad altre tecniche di trasporto e della loro idoneità a soddisfare le esigenze considerate, nonché dei prezzi e delle condizioni di trasporto che possono essere offerti agli utenti. Allorché più soluzioni garantiscano, in condizioni analoghe, la fornitura di sufficienti servizi di trasporto, le autorità competenti devono scegliere quella che comporti il minimo costo per la collettività[267] .

4.6 *La deroga per motivi di interesse economico generale e le altre deroghe previste dal diritto comunitario.*

La missione di interesse generale di cui parla il §2 dell'art. 86 deve avere un qualche carattere "economico". Ciò pone la norma in esame su un piano diverso rispetto alle deroghe previste dal TCE per motivi di ordine pubblico, sicurezza, sanità di cui agli att. 30, 39 §4,

[266] G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005, pg. 17 ss.; più in sintesi, L. AMMANNATI, Servizi pubblici e privatizzazioni, in I servizi pubblici in ambiente europeo, a cura di A. MASSERA, Plus, Pisa, 2001, pg. 81 ss.

[267] C. giust. 17.9.1998, causa C-412/96, Racc, 1998, I-5141, Kainuun Liikebbe e Pohjolan Liikebbe punto 36

46, 55, come anche rispetto ai motivi individuati dalla giurisprudenza comunitaria come condizioni di compatibilità delle misure indistintamente applicabili con le regole del mercato unico (per esempio la tutela dei consumatori o dei destinatari di un servizio, la protezione dei lavoratori, ecc.).

In sintesi, i motivi che fondano l'applicano l'applicabilità della deroga di cui al §2 dell'art. 86 devono avere una sostanza o un riflesso economico, devono cioè riguardare aspetti commerciali e/o finanziari della vita di un'impresa[268].

Invece, le deroghe previste dagli artt. 30 39 §4, 46, 55, come anche i motivi che rappresentano condizioni di compatibilità delle misure indistintamente applicabili con le regole del mercato unico, riguardano interessi generali di carattere non economico.

Tuttavia, in concreto, non sempre è agevole distinguere tra le varie situazioni.

Può allora essere utile ricordare alcune pronunzie giurisprudenziali nelle quali si è fatta questione dell'esistenza di motivi di ordine pubblica sicurezza, sanità.

In relazione alla vendita delle bevande alcoliche, l'Avvocato Generale chiamato ad assistere la Corte nel caso Franzen ha affermato

[268] R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizi di interesse economico generale di cui all'art. 90 del Trattato istitutivo del Mercato Comune Europeo*, «Rivista di diritto industriale», 1963, I, pg. 83 ss.; più di recente, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, «Diritto pubblico», 1999, pg. 372 ss.; B. SORDI, *Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, «Quaderni fiorentini», 2002, pg. 577 ss.

che, in teoria, l'esigenza di limitare il consumo di alcolici può giustificare il ricorso all'eccezione di cui all'art. 30

"La vita e la salute delle persone occupano, secondo la giurisprudenza della Corte, il primo posto nell'elenco dei beni e degli interessi che l'art. 30 consente di tutelare e spetta agli Stati membri decidere in quale misura essi intendano garantire la loro protezione entro i limiti fissati dal Trattato. A questo riguardo gli Stati membri godono di un certo margine di discrezionalità (…). Se per proteggere la salute delle persone si desidera limitare la vendita delle bevande alcoliche non è necessario farlo sotto forma di un monopolio statale centralizzato, visto che tale limitazione si potrà ottenere con mezzi più blandi, ad esempio creando un sistema basato su una rete di rivenditori indipendenti, che effettuano autonomamente i loro acquisiti e che non rappresentano perciò uno speciale ostacolo alla libera circolazione delle merci A tali rivenditori indipendenti si potrà poi imporre, come avviene con Systembolaget, sia l'obbligo di rispettare determinati orari di apertura dei negozi, sia quello di non vendere a persone di età inferiore ad un minimo stabilito. Lo Stato potrà inoltre disciplinare le attività promozionali dei dettaglianti. Le autorità pubbliche potranno poi controllare che il singolo titolare o gestore del negozio osservi le condizioni cui è sottoposto il rilascio della licenza"[269]

Anche nella materia dei giochi d'azzardo, ad avviso della Corte, vengono in rilievo valutazioni riconducibili all'ordine pubblico, nonché di carattere morale, religioso o culturale, che giustificano la limitazione se non il divieto delle pratiche dei giochi di sorte, per evitare che siano una fonte di profitto individuale[270]. Più in particolare la Corte ha sottolineato che

[269] Conclusioni Avvocato Generale nel caso Franzen, causa C-185/95, Racc, 1997, I-5909, punti 109, 116 e 117.

«le lotterie comportano elevati rischi di criminalità e di frode, tenuto conto della rilevanza delle somme che consentono di raccogliere e dei premi che possono offrire ai giocatori, soprattutto quando sono organizzate su grande scala. Esse costituiscono inoltre un'incitazione alla spesa che può avere conseguenze individuali e sociali dannose». Infine, secondo la Corte, anche se non può essere considerato di per sé una giustificazione obiettiva, non è indifferente il rilievo che le lotterie possono essere un mezzo consistente di finanziamento per attività di beneficenza o di interesse generale come le opere sociali, le opere caritative, lo sport e la cultura.[271]

Queste specificità giustificano che le autorità nazionali dispongano di un potere discrezionale sufficiente per determinare le esigenze di tutela dei giocatori e, più in generale, dell'ordine sociale, anche tenuto conto delle peculiarità socioculturali di ogni Stato membro. Pertanto, spetta alle competenti autorità nazionali decidere le modalità di organizzazione delle lotterie, il volume delle puntate e la destinazione degli utili da esse ricavati, nonché valutare se sia necessario non solo limitare, ma anche vietare l'attività di lotteria, purché dette limitazioni non siano discriminatorie.

Dalla giurisprudenza della Corte risulta, inoltre, che pure in materia di giochi d'azzardo, deve tenersi sempre in considerazione il principio secondo cui misure restrittive della libera prestazione dei

---

[270] C. giust. 24.3.1994, causa C-275/92, Racc, 1994, I-1039, Schindle; 21.10.1999, causa C-124/97, Racc, 1997, I-16067, Laara.

[271] C. giust 21.10.1999, causa C-67/98, Racc, 1999, I-7289, Zenatti, punto 14

servizi possono essere ammesse soltanto ove siano indistintamente applicabili, giustificate da esigenze imperative connesse all'interesse generale, atte a garantire il conseguimento dello scopo con esse perseguito e proporzionali rispetto a tal fine.

Queste considerazioni valgono in linea di massima, per tutti i giochi d'azzardo; tuttavia, in alcuni casi, i Giudici del diritto comunitario hanno ritenuto che certi giochi a premio non fossero assimilabili *tout court* ai giochi d'azzardo. Si trattava, per l'esattezza, di giochi a concorso proposti da riviste sotto forma di cruciverba o di indovinelli che, previo sorteggio, consentivano a taluni dei lettori che avevano fornito le risposte esatte di vincere dei premi. La Corte ha rilevato che giochi di questo tipo, organizzati solo su piccola scala e con poste poco rilevanti, non costituiscono un'attività economica autonoma, ma soltanto un elemento fra gli altri del contenuto redazionale di una rivista[272].

4.7 *Servizi pubblici e normative finalizzate alla tutela dell'ambiente*

Alcune sentenze comunitarie riguardanti i rapporti tra diritti speciali ed esclusivi, servizi pubblici e discipline finalizzate alla tutela dell'ambiente presentano dei caratteri originali di cui può essere opportuno dare brevemente conto[273].

[272] C. giust 16.6.1997, causa C-368/95, Racc, 1997, I-3689, Famigliapress.

[273] Per un approfondimento sulla tematica inerente la tutela dell'ambiente si rinvia a G. Rossi, Diritto dell'ambiente, Giappichelli, Torino 2008; Ambiente, in Trattato di diritto amministrativo europeo diretto da M.P.Chiti e G. Greco, Parte speciale, I, 102-207.

Nella sentenza Dusseldorp[274] la Corte ha stabilito che sono contrarie alle regole di libera circolazione le normative nazionali che ostacolano il trasporto in altri paesi dei rifiuti destinati al recupero (che sono considerati merci ai sensi del TCE). La medesima sentenza stabilisce inoltre che il §1 dell'art. 86, in combinato disposto con l'art. 82, osta ad una normativa che imponga alle imprese di affidare i loro rifiuti destinati al recupero ad un'impresa nazionale titolare di diritti esclusivi, qualora tale regolamentazione porti a favorire l'impresa nazionale e ad accrescerne la posizione dominante, senza una ragione obiettiva e senza che ciò sia necessario per l'adempimento di una missione di interesse generale[275]

Anche ai servizi ambientali potrebbero però applicarsi una o più delle eccezioni previste dal diritto comunitario.

Infatti, in primo luogo è possibile che venga in considerazione l'eccezione di cui all'art. 86, §2, in particolare ove sia in qualche modo accertato che in mancanza dei diritti esclusivi un'impresa incaricata di svolgere un servizio di interesse economico generale nel settore dei rifiuti trovi significative difficoltà ad adempiere ai propri compiti [276].

In secondo luogo, quando le limitazioni riguardino i rifiuti non riciclabili e quelli pericolosi può trovare applicazione la deroga prevista dall'art. 30; in questo caso, infatti, motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità, nonché i principi di autosufficienza e di vicinanza

[274] C.giust. 25.6.1998, causa C-203/96, Racc, 1998, I-407

[275] su una tematica simile vedi il parere del Consiglio di Stato sez II 2.12.1998, n.1527

[276] C. giust, 23.5, 2000, causa C-209/98, Racc, 2000, I-3743, FFAD/Comune di Copenaghen.

espressi dalle direttive comunitarie riguardanti la materia dei rifiuti, possono giustificare alcune restrizioni, naturalmente nella misura in cui siano rispettati i principi di proporzionalità e di non discriminazione[277].

E' inoltre possibile che debbano essere considerate: la giurisprudenza comunitaria sulle condizioni di compatibilità delle misure indistintamente applicabili con le regole del mercato unico (su cui si v. anche *supra*, cap. II); le disposizioni che il TCE dedica specificamente all'ambiente (vale a dire gli artt. 174 e ss.); il principio per il quale le funzioni pubbliche sono sottratte alle regole del mercato unico e della concorrenza.

Fermi restando i principi appena esposti, nella materia dei rifiuti sembrano rivestire una notevole importanza le caratteristiche dei casi concreti che vengono presi in considerazione, nonché le disposizioni contenute nelle normative comunitarie e nazionali che riguardano specificamente il settore. Ad esempio, se è vero che la libera circolazione dei rifiuti pericolosi fra gli Stati membri può essere limitata in base all'art. 30, è altrettanto vero che tali rifiuti devono comunque essere smaltiti e, considerando che il loro trattamento può avere un costo molto alto, non ogni Stato od ogni regine d'Europa può essere in grado di provvedervi, per cui soluzioni di compromesso possono imporsi.

In relazione ai rifiuti urbani non pericolosi, invece, possono trovare applicazione i principi di autosufficienza e prossimità previsti

[277] C. giust. 9.7.1992, causa C-2-90, Racc, 1992, I-4431, Commissione/Belgio.

dalle normative comunitarie (ed in Italia dal D.lgs 5.2.1997 n. 22), in quanto l'ambito territoriale ottimale per il loro smaltimento può essere predeterminato e limitato al territorio regionale (sarebbe quindi legittimo un divieto di smaltimento di tali rifiuti in un ambito extraregionale: si veda in merito Corte cost. 14.7.2000, n. 281).

Altri tipi ancora di rifiuti, per esempio quelli per i quali il riciclaggio può essere particolarmente remunerativo ed il trasporto non presenta seri rischi per l'ambiente, non sembra possano essere limitati nei loro spostamenti tra i paesi membri della Comunità senza incorrere in una violazione delle regole di libera circolazione delle merci.

4.8 *La necessità e proporzionalità della deroga*

Il §2 dell'art. 86 consente di derogare alle regole del TCE nel caso in cui l'applicazione di queste ultime pregiudichi l'adempimento di una missione di interesse generale

Le circostanze che devono essere prese in considerazione per valutare la necessità della deroga sono esposte con un certa precisione nelle sentenze Corbeau ed Almelo. Nella prima pronuncia la Corte spiega che il punto fondamentale cui si deve badare riguarda l'equilibrio economico dell'impresa incaricata del servizio di interesse economico generale, con la precisazione che l'applicabilità della deroga non è subordinata alla condizione che risulti addirittura minacciata la sopravvivenza dell'impresa. Nella sentenza Almelo, invece, vengono

indicati alcuni dei fattori che possono incidere sulla situazione economica dell'impresa incaricata del servizio di interesse generale, e cioè i particolari costi che deve sopportare, i limiti cui è soggetta e le peculiari normative che deve rispettare.

I criteri fondamentali per valutare la necessità della deroga cui si è appena accennato (equilibrio economico dell'impresa privilegiata alla luce dei particolari obblighi normativi, economici, sociali o ambientali cui è vincolata) sono, in una certa misura, chiari ed, in linea di massima, condivisi dalla dottrina[278], dalla prassi della Commissione e dalla giurisprudenza comunitaria. E' invece dubbio se il principio di necessità implichi anche una verifica del rispetto del principio di proporzionalità, ovvero se esso non sia in alcun modo rilevante nelle valutazioni inerenti al §2 art.86.

Non è superfluo ricordare che il principio di proporzionalità rappresenta uno dei parametri più importanti nella valutazione della legittimità delle deroghe alla concorrenza (ad esempio è espressamente previsto dall'art. 81 §3 TCE come uno dei presupposti per poter considerare alcune intese restrittive della concorrenza compatibili con il TCE).

---

[278] Cfr. K. VAN MIERT, *La mission d'interet economicque générale*, op cit, 1997; P.FATTORI, Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato Ce nella giurisprudenza comunitaria, in Mercato, concorrenza e regole, 1999; M.A. CABBIDU, L. AMMANNATI, P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano. A. BIONDI, *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, «Servizi pubblici e appalti», 2004, pg. 239 ss..

Sul tema della proporzionalità, si rivelano di particolare interesse le conclusioni dell'Avvocato Generale Da Cruz Vilaca nel caso Bodson (causa 30/87, Racc, 1988, 2489). Con esse veniva suggerito ai Giudici comunitari di esprimersi sul principio, già enunciato dalla Commissione in diverse decisioni, secondo cui la deroga prevista dal §2 dell'art. 86 può essere ammessa solo nel caso in cui le imprese non dispongano di alcun altro mezzo tecnicamente possibile ed economicamente realizzabile per svolgere il loro compito. Anche l'Avvocato Generale Tesauro, nelle conclusioni rese sul caso Corbeau[279] ebbe a consigliare alla Corte di tenere conto del principio di proporzionalità nelle valutazioni inerenti l'art. 86.

La Corte di Giustizia non ha però ritenuto di doversi pronunciare esplicitamente sul principio di proporzionalità.

Tuttavia dalla giurisprudenza comunitaria emergono le tracce di orientamenti favorevoli al rispetto del principio in parola. Più specificamente la Corte di giustizia, nei casi Ahmed Saed, Hofner, Terminali, RTT/GB-INNO-BM, Servizi[280], sembra disponibile a valutare in concreto e con un certo rigore, per un verso, l'esistenza delle condizioni che giustificano la necessità di una deroga alle normali regole del TCE, e, per altro verso, la proporzione tra la deroga stessa e quanto necessario per garantire l'interesse generale.

Si considerino, ad esempio, i seguenti passi:

---

[279] Causa C-320/91, Racc, 1993, I-2548

[280] Causa 66/86, causa C 41/90, causa C-202/88, causa C-18/88 e cause riunite 271,281 e 289/90, Racc, 1992/5859.

«Per garantire che gli apparecchi siano conformi ai requisiti essenziali costituiti, in particolare, dalla sicurezza degli utenti, da quella dei gestori della rete, dalla protezione delle reti pubbliche di telecomunicazioni da ogni danno, è sufficiente che siano emanate le specifiche alle quali detti apparecchi devono rispondere e che sia istituito un procedimento di omologazione che consenta di verificare se essi vi soddisfino»[281]

«Perché l'efficacia delle norme sulla concorrenza possa essere limitata, a norma di detto articolo 86 § 2, dalle esigenze inerenti all'adempimento di un compito di interesse generale, è necessario che le autorità nazionali incaricate dell'approvazione delle tariffe, come pure i giudici competenti per le relative liti, possano determinare l'esatta natura delle esigenze di cui trattasi e quale ne sia l'incidenza sulla struttura delle tariffe praticate dalle compagnie aeree».[282]

In altre sentenze, invece, i Giudici del diritto comunitario sembrano assumere una posizione meno severa nei confronti delle imprese privilegiate. Per esempio, in Almelo la Corte si è limitata a segnalare taluni fattori di cui ritiene si debba tenere conto per verificare la legittimità di una deroga all'art. 82, mentre in Corbeau ha affermato, semplicemente, che la necessità di mantenere in equilibrio economico il servizio di interesse generale giustifica l'applicazione della deroga, e che quest'ultima può consistere anche nell'estensione di un monopolio a settori che siano solo connessi al servizio di interesse economico generale ma da esso tecnicamente separabili.

[281] C.giust.13 dicembre, causa C-18/88, Racc, 1991, I-5941, RTT/GB-INNO-BM, punto 22.

[282] C.giust. 11 aprile 1989, causa 66/86, Racc, 1989, 803, Ahmed Saed, punto 7 della massima.

4.8.1 *Necessità e proporzionalità: l'orientamento della Commissione.*

Sui problemi relativi alla proporzionalità della deroga, la Commissione ha avuto modo di chiarire il suo punto di vista in una comunicazione (dal titolo "I servizi di interesse generale in Europa", Guce C 17 del 19.1.2001). In essa si afferma che quello di proporzionalità è uno dei principi fondamentali da tenere presente nelle valutazioni riguardanti il §2 dell'art. 86.

L'Esecutivo della Comunità precisa però che, in relazione alle attività di interesse generale, il principio di proporzionalità va inteso in senso ragionevole e realistico.

Nello stesso documento si precisa inoltre che le autorità pubbliche:

«possono decidere di imporre obblighi di servizio pubblico a tutti gli operatori di un mercato o, in alcuni casi, designare un solo operatore, o un numero limitato di operatori, ai quali impongono obblighi specifici, senza accordare loro diritti speciali o esclusivi. In tal modo, si favorisce la massima concorrenza e gli utenti mantengono la piena libertà di scegliere il prestatore del servizio. Quando un operatore o un numero limitato di operatori concorrenti in un determinato mercato sono tenuti, a differenza di altri, ad assolvere obblighi di servizio pubblico può essere giustificato fare partecipare tutti gli operatori presenti nel mercato al finanziamento dei costi netti supplementari derivanti dal servizio d'interesse generale in questione, tramite un sistema di compensi supplementari o di un fondo per il servizio pubblico. In simili circostanze, è importante che la quota di pertinenza di un'impresa sia proporzionale all'attività che essa svolge

nel mercato e sia nettamente distinta dagli altri oneri sostenuti nell'esercizio normale delle sue attività».

«Tuttavia, alcuni servizi d'interesse generale non possono essere prestati da una pluralità di operatori, ad esempio quando solo per un operatore unico sia possibile operare in condizioni di redditività. In questo caso, le autorità pubbliche accordano generalmente diritti speciali o esclusivi per la prestazione del servizio d'interesse generale in questione sotto forma di concessioni per periodi limitati, tramite gare d'appalto. La concorrenza generata in vista dell'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe garantire che le funzioni assegnate ad un servizio d'interesse generale saranno assolte con i minori costi per la comunità».

«Quando nessuna delle due opzioni consente di assolvere in modo soddisfacente la missione d'interesse generale, può essere necessario combinare le due misure: affidare l'obbligo di servizio pubblico interessato ad un unico operatore, o ad un numero limitato di operatori, e concedere o lasciare loro il vantaggio di diritti speciali o esclusivi. In queste condizioni, come pure nella situazione sopra descritta in cui diritti esclusivi sono concessi previa gara d'appalto, le autorità pubbliche possono garantire un adeguato finanziamento affinché gli operatori incaricati del servizio pubblico possano assolvere i compiti loro assegnati»[283]*.*

Sempre in tema di servizi pubblici e principio di proporzionalità la Commissione, con specifico riguardo agli aiuti di Stato, ha affermato che:

[283] Comunicazione della Commissione "i servizi di interesse generale in Europa", Guce C-17 del 19.1.2001, punti 15, 17, 18

«la retribuzione accordata dallo Stato ad un'impresa per la realizzazione dei compiti d'interesse generale costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE (8). Anche se non beneficia di una delle deroghe previste all'articolo 73 o all'articolo 87, l'aiuto può comunque essere compatibile con il trattato CE ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2: ciò avviene ad esempio quando sono soddisfatte tutte le condizioni previste da questa disposizione e, soprattutto, la retribuzione non supera i costi netti supplementari derivanti dal compito assegnato all'impresa interessata. La Commissione ritiene che quando la retribuzione è fissata per un periodo adeguato a seguito di una procedura aperta, trasparente e non discriminatoria, l'aiuto può essere considerato compatibile con le norme del trattato relative agli aiuti di Stato.

Inoltre, il finanziamento pubblico di servizi d'interesse economico generale che hanno natura tale da influire sugli scambi deve essere esaminato alla luce delle specifiche norme del trattato sugli aiuti di Stato, per stabilire se esso può essere comunque approvato. Oltre alla già menzionata deroga di cui all'articolo 86, paragrafo 2, esistono

alcune deroghe specifiche al divieto di concedere aiuti di Stato. Le deroghe previste all'articolo 73 per gli aiuti ai trasporti e all'articolo 87, paragrafo 3, lettera d), per gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio presentano particolare interesse»[284]

Dunque, ad avviso dell'Esecutivo della Comunità, il principio di proporzionalità, tra l'altro, deve essere inteso da un lato, in un senso "economico", come la regola per la quale le necessità finanziarie del servizio pubblico devono essere precisamente determinate e, solo in seguito a ciò, rimborsate in relazione al loro costo effettivo, dall'altro lato, in un senso "giuridico- procedurale", come la regola per la quale

[284] Comunicazione della Commissione "i servizi di interesse generale in Europa", Guce C-17 del 19.1.2001, punti 26 e 34

gli oneri e gli onori inerenti al servizio pubblico devono essere attribuiti, in linea di massima, tramite un confronto concorrenziale (nel senso della necessità di una gara per identificare il soggetto più idoneo a svolgere un'attività di interesse generale si esprime anche la comunicazione della Commissione ("Le concessioni nel diritto comunitario")

In questo paragrafo verranno esaminate soprattutto le problematiche relative al principio di proporzionalità "giuridico procedurale", mentre nel prossimo si riprenderà il discorso relativo al relativo al principio di proporzionalità in senso "economico".

Le posizioni della Commissione sopra richiamate sembrano chiare e coerenti con gli interessi di cui è portatrice, tuttavia occorre osservare che le indicazioni contenute nella comunicazione del 2001 non pare possano essere recepite , *sic et simpliciter*, in tutte le controversie riguardanti i servizi pubblici. Piuttosto, esse sembrano valere in relazione alle controversie che investono direttamente, non solo e non tanto i principi di concorrenza, ma anche e soprattutto i principi di trasparenza e non discriminazione di cui al TCE ed alle regole in materia di appalti pubblici. Per esempio, in una sentenza (C.giust 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria), la Corte ha ritenuto che, seppure le regole i tema di appalti pubblici nei cd. ex settori esclusi (di cui alla direttiva 93/38) non disciplinano direttamente le procedure per attribuire le concessioni di servizio pubblico, nondimeno i principi di trasparenza e non discriminazione

impediscono al titolare del servizio pubblico telefonico di affidare l'appalto per la fornitura degli elenchi telefonici ad una terza impresa senza procedere ad una qualche forma di confronto concorrenziale.

Invece, in altri casi, la Corte non sembra incline a dichiarare l'illegittimità della concessione del privilegio o del comportamento dell'impresa privilegiata, facendo riferimento alla sola circostanza che il privilegio sia stato attribuito, in precedenza, secondo modalità, sostanzialmente, discriminatorie; per esempio, non sembra si tenga conto delle modalità di affidamento del servizio di interesse generale nella sentenza Albany.

Sotto un profilo parzialmente diverso, la comunicazione "I servizi di interesse generale in Europa" precisa che quando il gestore di un servizio pubblico è scelto in base ad un confronto concorrenziale, e nella misura in cui il settore in questione risulti caratterizzato dalle normali dinamiche concorrenziali, vengono meno le ragioni che stanno alla base della disciplina degli appalti pubblici nei cd. "ex settori esclusi":

«affinché gli operatori pubblici e privati possano operare in condizioni paritarie, la Commissione ha presentato una proposta che permetterebbe, tra l'altro, di escludere dal campo d'applicazione della direttiva 93/38/CEE i settori o i servizi interessati (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni) i quali, in un determinato Stato membro, operano in condizioni di concorrenza effettiva, dopo che l'attività in questione è stata effettivamente liberalizzata conformemente alla specifica normativa comunitaria. La liberalizzazione delle telecomunicazioni ha già avuto ripercussioni

sull'applicazione delle norme sugli appalti pubblici. In forza delle specifiche disposizioni contenute nella direttiva 93/38/CEE, la Commissione ha dichiarato in una comunicazione che la maggior parte dei servizi di questo settore all'interno dell'Unione europea è da considerare esclusa (con qualche eccezione) dal campo d'applicazione della suddetta direttiva»[285].

Non sembra però che possa valere la regola inversa; nel senso che l'obbligo imposto ad un'impresa privilegiata di procedere all'esperimento di procedure concorsuali nella scelta dei propri contraenti non implica affatto, almeno non di per sé, che i privilegi ad essa concessa debbano essere considerati senz'altro legittimi[286].

In ogni caso, è implicito nella comunicazione della Commissione (e probabilmente sarebbe stato meglio se fosse stato esplicito) che durante la transizione dal monopolio al mercato, gli operatori ex monopolisti (eventualmente ancora titolari della missione di servizio pubblico) rimangono assoggettati alla disciplina degli appalti pubblici.

---

[285] Comunicazione della Commissione "i servizi di interesse generale in Europa", Guce C-17 del 19.1.2001, punto 61; nello stesso senso sembra orientarsi l C. giust. nella sentenza 26. 03 1996, causa 392/93, Racc.1996, I-1631, British Telecomunications

[286] Cfr. v. R. VAN DEN BERGH, *Introduzione: L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1993, 13 ss; V. KORAH "*Sussidiarietà e decentramento nel diritto della concorrenza europea*" in La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno di Roma del 20-21 novembre 1995, pg. 51. ; R.KOVAR "*Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laicisée*",revue trimestrielle du droit europeen, n.2, 1996, pg. 232.

4.9 *Osservazioni conclusive*

Dall'analisi della giurisprudenza, dunque, sembra che la Corte non prenda in considerazione il fatto che esistono molti sistemi di finanziamento dei servizi di interesse generale e che alcuni di questi risultano meno lesivi dei principi di concorrenza rispetto ad altri.

Sembra possibile concludere pertanto che la giurisprudenza comunitaria prevalente, ai fini della applicabilità della deroga prevista dal § 2 dell'art. 86, non considera essenziale valutare con precisione la proporzionalità e l'adeguatezza della misure normative nazionali rispetto allo scopo di interesse generale richiamato

Un esame approfondito della giurisprudenza consente però di formulare alcune ipotesi con riguardo alla rilevanza del principio di proporzionalità in senso "economico" .

Va osservato innanzitutto che la Corte non ritiene di dover prendere in considerazione il principio di proporzionalità economico quando viene adita con rinvio pregiudiziale oppure con un ricorso per inadempimento con il quale la Commissione intenda far constatare una violazione degli obblighi previsti direttamente dall'art. 86, in combinato disposto con altre regole del TCE, da parte di uno stato membro.

Sembra invece più disponibile ad affrontare la problematica quando è in grado di confrontare una normativa nazionale con un atto delle Istituzioni comunitarie (decisione, regolamento, direttiva) che introduce un qualche forma di liberalizzazione. Per esempio nell'ambito

di un giudizio di legittimità riguardante una normativa comunitaria di liberalizzazione. Oppure di un ricorso per inadempimento instaurato dalla Commissione a causa del mancato recepimento di una normativa del genere. Ciò potrebbe derivare dal fatto che, normalmente, solo in tali ultimi casi gli atti della controversia raggiungono una certa completezza e le posizioni di tutti gli interessati sono sufficientemente chiare, per cui diventa possibile per i Giudici del diritto comunitario esprimere una posizione a ragion veduta.

In altre parole, dal momento che la Commissione può (ed anzi deve) valutare se risulta proporzionale il rapporto tra le restrizioni alla concorrenza contenute nelle normative nazionali e le esigenze di interesse economico generale dichiarate, nonché, eventualmente, proporre le misure per rendere tali normative coerenti rispetto al TCE, è naturale che, in sede di verifica dell'operato della Commissione, anche la Corte possa esprimersi sul principio di proporzionalità.

Invece, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, almeno in alcune pronunce, La Corte sembra orientata a non approfondire le tematiche della proporzionalità oppure a lasciare ai Giudici Nazionali il compito di valutare la fattispecie anche alla luce del principio in parola.

Peraltro, va notato che alcune sentenze rese in occasione di rinvii pregiudiziali sembrano riconoscere ai Giudici Nazionali anche il compito di verificare la necessità della deroga o quanto meno di valutare autonomamente le prove della necessità[287] .

[287] si tratta di una tendenza che sembra aver trovato piena affermazione in C. giust 17 maggio 2001, causa C-340/99, Racc, 2001, I-4109, TNT Traco/Poste Italiane.

Tuttavia, può esser dubbio che la giurisprudenza sviluppata dalla Corte con riguardo al § 2 dell'art. 86 sia sufficientemente chiara e solida da consentire, senz'altro, ai Giudici Nazionali di trovare soluzioni equilibrate (e sufficientemente uniformi nella prospettiva comunitaria) per i casi portati alla loro attenzione.

Va detto anche che (come ricordato nelle Osservazioni del cap.III) in molti casi all'interpretazione "espansiva" del §2 dell' art. 86 fa da contraltare una lettura del §1 del medesimo articolo che sembra sempre più rigida nei confronti delle imprese privilegiate.

E' però importante che la discussione sui temi della proporzionalità e dei rapporti tra il §1 e il §2 dell'art. 86 non si riduca ad uno sterile dibattito di carattere formale perdendo di vista il problema sostanziale. Per questo sono da condividere appieno le conclusioni dell'avvocato Generale Tesauro nel caso Corbeau[288], in cui si osserva che:

"Il diritto comunitario pone precise limiti alla facoltà degli Stati membri di conferire diritti esclusivi. Nel settore dei servizi, i provvedimenti che conferiscono tali diritti possono essere apprezzati alla luce del combinato disposto degli artt. 86 ed 82 (…) Ciò che occorre essenzialmente verificare è se i provvedimenti in questione rispondano o meno a delle giustificazioni oggettive. In questa prospettiva, occorrerà quindi essenzialmente valutare se diritti esclusivi conferiti dagli Stati siano motivati da esigenze di interesse

[288] causa C-320/91, Racc, 1993, I-2548

generale e a loro volta coerenti con gli obiettivi della Comunità. Nel compiere tale valutazione ci si dovrà attenere ad un criterio di proporzionalità, nel senso che non dovranno considerarsi ammissibili le restrizioni della concorrenza e degli scambi che non siano indispensabili a soddisfare le esigenze invocate a giustificazione dei diritti esclusivi.

La giurisprudenza non è univoca nel definire se la valutazione di tali esigenze debba effettuarsi nel quadro dell'art. 86 § 1 ovvero nel quadro dell'art. 86 § 2. La prima soluzione sembrerebbe più coerente rispetto al contenuto delle due disposizioni E' infatti l'art. 86 § 1 che ha ad oggetto le misure e manate dagli Stati, mentre l'art. 86 § 2 riguarda le imprese e limita l'applicazione delle norme di concorrenza ai comportamenti da questi adottati. La distinzione, comunque, non sembra rivestire significativa rilevanza sul piano giuridico. In ogni caso si tratterà di stabilire se le restrizioni di concorrenza risultanti dal regime nazionale in questione sono necessarie alla realizzazione delle esigenze di interesse pubblico perseguite"[289].

Comunque sia l'equilibrio tra concorrenza ed interesse generale può essere precisato dai poteri pubblici comunitari tramite degli atti normativi. La Corte sembra complessivamente incline ad avallare le legittimità delle normative comunitarie in materia di servizi di interesse generale.

[289] Conclusioni Avvocato Generale Tesauro nel caso Corbeau, causa C-320/91, Racc, 1993, I-2548, punto 14 ss.

Con riguardo a tali normative va detto che i giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di chiarire in una sentenza[290] che la deroga di cui al §2 dell'art. 86 non può essere invocata nelle materie che siano oggetto di un'armonizzazione al livello comunitario, nell'ambito della quale il legislatore europeo abbia già preso in considerazione le problematiche riguardanti gli interessi generali in relazione alle regole della concorrenza.

Va anche precisato che le normative comunitarie ribadiscono esplicitamente che la regolamentazione di un settore economico non intacca affatto la piena applicabilità delle regole di concorrenza. E' inoltre opportuno notare che dette normative presentano talvolta disposizioni generiche o poco chiare per cui il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia si rivela fondamentale per la loro corretta interpretazione.

[290] 18 maggio 2000, causa C-206/98, Racc, 2000, I-3509, Commissione Belgio

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

R. ALESSI – G. OLIVIERI _La disciplina della concorrenza e del mercato, Giappichelli, Torino, 1991;

G. AMATO, Il governo dell'economia: il modello politico, in Trattato di diritto commerciale, diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 1977;

L. AMMANNATI _ Servizi pubblici e privatizzazioni, in I servizi pubblici in ambiente europeo, a cura di A. MASSERA, Plus, Pisa, 2001;

_*Il sistema tedesco di tutela della concorrenza. Un modello consolidato alla prova dei tempi*, in *La concorrenza in Europa. Sistemi organizzativi e autorità di garanzia*, Cedam, Padova, 1998;

_ Concorrenza in Europa, CEDAM, 1998;

L. AMMANNATI, M. A. CABIDDU, P. DE CARLI _ Servizi pubblici, concorrenza, diritti, Milano, 2001, p. 69 ss;

G. AMORELLI _ *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, CEDAM, Padova, 1992;

M. APPIANO _*Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 3, 1994;

P. AQUILANTI _ *Diritto antitrust italiano* a cura di Frignani-Pardolesi, Bologna, 1993;

S. BASTIANON _ *L'abuso di posizione dominante*,Milano, 2001

L. BELLODI, *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Editoriale scientifica, Napoli, 1999;

A. BENEDETTI _ Costituzione europea e servizi di interesse economico generale, in Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea, a cura di M. Scudiero M., Napoli, Jovene, 2005, Vol. II, p. 1575 ss.

F. BENVENUTI _ *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in «Riv. soc.», 1962;

G. BERTI _ *Democrazia, pluralismo e sistema economico: le Costituzioni e l'Unione Europea* – in Riv. di dir. pubbl. com., 1997;

I. BERTI, A. BIANCARDI _ *Essential facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche*, in Concorrenza e Mercato, 1996;

A. BIONDI, *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, «Servizi pubblici e appalti», 2004;

J.L. BUENDIA SIERRA _ *Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence'', in Competition Policy Newsletter, v.2,*n. 3, 1996;

_Exclusive rights and State monopolies under EC law, Oxford U.P, 1999

M.A. CABBIDU, L. AMMANNATI, P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano.;

R. CAFFERATA, *Pubblico e privato nel sistema delle imprese*, Angeli, Milano, 1983.

A.M.CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004;

E. CANNADA BARTOLI _ *Nozione di impresa pubblica ai sensi dell'art. 90 del Trattato istitutivo del MCE*, *Colloquio di Bruxelles della Ligue Internazionale contre la concurrence déloyale*, 5-6 marzo 1963;

G. CAPUTI _ *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2002;

S. CASSESE– G. DELLA CANANEA _ *L'esecuzione del diritto comunitario*, in Riv. It. Dir. pubbl. comun., 1991;

S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO – M .D'ALBERTI (a cura), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000;

P.CASSINIS-P.FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in I contratti, 2001.

G. CAVANI _ *Abusi di posizione dominante*, in Concorrenza e Mercato, 1996;

F. CAVAZZUTI _ *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 1974;

M. P. CHITI _ *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in Dir. pubbl., 1996;

_*I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno, in Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli;

E. H. CHAMBERLIN _*The Theory of Monopolistic Competition,* Cambridge, 1933;

E. CHITI – C. FRANCHINI _*L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003;

E. H. CHAMBERLIN _*The Theory of Monopolistic Competition,* Cambridge, 1933;

M.T. CIRENEI _ *Le imprese pubbliche*, Milano, Giuffré, 1983;

M. CLARICH _ *Il ruolo dell'Autorità garante della promozione della concorrenza*, in La tutela della concorrenza:regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno tenuto a Roma 20-21 novembre 1995;

_ *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, «Riv. trim. dir. pub.», 2003;

V. CERULLI IRELLI _ *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2006, fasc. 5;

R. H. COASE _*The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988 (trad. it., *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995);

G. CORSO _ *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in Le istituzioni del Federalismo, n. 2/2007;

_*Le prestazioni pubbliche in Giannini*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2000;

_ I servizi pubblici nel diritto comunitario, in Riv. giur. quadr. dei *serv.pubbl.*, 1999;

_ Attività amministrativa e mercato, in Riv. giur. quadr. dei serv.pubbl., 1999;

F. DI PORTO _*Regolazioni di "prima" e "seconda" generazione: la liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, «Mercato concorrenza regole», 2003;

F. DONATI*, Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*, in L'Europa delle reti, a cura di A. PREDIERI e M. MORISI, Torino, Giappichelli, 2001;

D. DURANTE _ *Concorrenza (diritto comunitario)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento I, 1997;

D. DURANTE, G. MOGLIA, A. NICITA, La nozione di Essential Facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test, in Concorrenza e Mercato, 2001.

C.D. EHLERMANN "*Implementation of EC competition law by National Antitrust Authorities*"ECLR n. 2, 1996;

V. FALCE_ *Abusi di posizione dominante*, in Concorrenza e Mercato, 2000;

M. CLARICH _*Il ruolo dell'Autorità garante della promozione della concorrenza*, in La tutela della concorrenza:regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno tenuto a Roma 20-21 novembre 1995;

E. FERRARI _L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive CE, in Servizi Pubblici e Appalti, Milano, Giuffré 2004, p. 124.

P. FATTORI _*Monopoli pubblici e articolo 86 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in Concorrenza e Mercato 2004;

R. FRANCESCHELLI _*La nozione di servizi di interesse economico generale di cui all'art. 90 del Trattato istitutivo del Mercato Comune Europeo*, «Rivista di diritto industriale», 1963;

FRIGNANI – WAELBROECK _ *Disciplina della concorrenza nella Comunità Europea*, 1996;

F. GALGANO, _*Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. I: *La Costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977

M.S. GIANNINI, _*Le imprese pubbliche in Italia*, in «Riv. soc.», 1958, p. 227 ss.

G. GHIDINI, _Libertà di circolazione delle merci nella CEE in Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, 1987, p. 736 e ss.;

_*Monopolio e concorrenza*, op cit, Milano, 1993

F. GHIDINI e M. LIBERTINI, _*Il mercato: i modelli di organizzazione*, op cit.

F. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano;

G. GUARINO, _*Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffré, 1970;

G. GUGLIELMETTI _ *"Essential Facilities", Rifiuto d'accesso e abuso di posizione dominate*, *prime decisioni dell'Autorità Garante e prospettive*, in Concorrenza e Mercato, 394-422, 1996;

G. HARTMANN, _*Osservazioni sulla definizione dei concetti di "imprese pubbliche", "servizi di interesse generale", "interesse della Comunità"nell'art. 90 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, p. 75.

H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, *West Publishing*, St. Paul, Minnesota, 1994;

P. M. HUBER _L'armonizzazione dei servizi di interesse economico generale in Europa ed i suoi limiti, «Servizi pubblici e appalti», 2005;

G. W. KELLEHER _ *The Common Market Antitrust Laws: The First Ten Years*, in *Antitrust Bull.*, 1967;

V. KORAH _ "*Sussidiarietà e decentramento nel diritto della concorrenza europea*" in La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti del convegno di Roma del 20-21 novembre 1995, p. 51.;

R. KOVAR_ Droit Communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée Laiciseée, in Revue trimetrielle de droit européen, 215-242, 1996

N. IRTI _*L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari-Roma, 1999

M. LIBERTINI, _*Il mercato:* i modelli di organizzazione, in Tratt. dir. comm. dir. pubbl. ec. diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979;

N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, in N. LIPARI- I. MUSU (a cura), *La concorrenza tra economia e diritto*, cit., 34 ss E. MOAVERO MILANESI, L'attuazione dell'art. 90 CEE par. 3 e la direttiva della Commissione relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese in Rivista diritto industriale 1981, p. 302;

I. LOCATELLI _Il costo del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche, «Mercato concorrenza regole», 2003;

G. MAJONE _ *La Communauté européenne. Un Etat régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996;

B. MAMELI _*Servizio pubblico e concessione*, Giuffrè, Milano, 1998;

G. MARCOU _*Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici, a cura di A. BRANCASI, il Mulino, Bologna, 2003;

_ *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario,* 2004;

G. MARONGIU _ *Interesse pubblico e attività economica* , in *Jus*, 1991

A. MASSERA _ *I principi generali*, in M. P. CHITI, - G. GRECO (a cura di), Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano, Giuffrè, 1997;

F. MERUSI _ *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in atti del convegno "I pubblici servizi" della Associazione dei professori di diritto amministrativo, Palermo, 13 settembre, *Annuario 2001*, Milano, Giuffré, 2002;

_Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale, Bologna, il Mulino, 2002

N. L. MILLARD _Universal Service, Section 254 of The Telecommunications Act 1996: A Hidden Tax?, «Federal Communications Law Journal», 1997;

G. MINERVINI, *La tutela della libertà di concorrenza*, in *Riv. soc.* , 1961;

R. MONACO _*Mercato interno europeo*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, XX, 1990;

E. MOAVERO MILANESI _Diritto della concorrenza dell'Unione Europea, Editoriale scientifica, Napoli, 2004;

_ *L'attuazione dell'art. 90 CEE par. 3 e la direttiva della Commissione relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese,* in Rivista diritto industriale 1981;

_ *Partecipazioni dello Stato nelle imprese e disciplina Comunitaria degli aiuti pubblici, in* Rivista di diritto Europeo, 1990;

G. NAPOLITANO _*Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005;

_ *Il servizio universale e di diritti dei cittadini utenti*, in Concorrenza e Mercato 429-455, 2000.

M. NITTI e A. SANTINI _ *La liberalizzazione nei settori dell'elettricità e del gas natuale*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario* (a cura di L.G. Radicati di Brozolo), Torino, Giappichelli, 2002;

G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, *Riv. dir. civ.*,1993, II;

_ *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001;

V. OTTAVIANO _voce *Impresa pubblica*, in «Enc. dir. », XX, Milano, Giuffré, 1970;

A. PAIS ANTUNES _*L'article 90 du Traité CEE, iin Rev. Trim. droit eur.*, 1991;

A. PAPPALARDO _*L'art 90 del Trattato CEE*, in Trattato istitutivo della CEE – Commentario, diretto da Quadri – Monaco – Trabucchi, 1965;

H. PARRIS et al.: _ *L'impresa pubblica nell'Europa occidentale*, Franco Angeli, Milano, 1988, pag. 14

L. R. PERFETTI _*I servizi di interesse economico generale e i servizi pubblici*, «Riv. it. dir. pub. com.», 2001;

G. PERICU e M. CAFAGNO _Impresa pubblica, in Trattato di diritto amministrativo europeo, diretto da CHITI- GRECO, parte speciale 1997;

A. PERICU _*Impresa e obblighi di servizio pubblico*. (L'impresa di gestione di servizi pubblici locali), Giuffrè, Milano, 2001;

P. PICONE _ *Origine ed evoluzione delle regole di concorrenza comunitarie: l'apologia del mercato "sociale" europeo*, in *Critica del diritto*, 1974;

E. PICOZZA _ *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, In Riv. It. Diritto Pubblico comunitario, 1994;

A. PIOGGIA _ *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio,* in *Quaderni del pluralismo*, 1998;

_Giudice e funzione amministrativa, Milano, Giuffré, 2004;

U. POTOTSCHNIG _*Poteri pubblici e attività produttive*, in Il diritto. dell'economia, 1990;

L. G. RADICATI DI BROZOLO _*La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in Dir.Un. Eur., 1998;

N. RANGONE _ *I tentativi di «erosione» dei monopoli di importazione ed esportazione di elettricità, in Giornale di diritto amministrativo*, 2002;

Les limitations du puvoir des Etats membres a la creation des monopoles de service public, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1994;

_*I servizi di interesse generale in Europa,* in Giorn. dir. amm., 1997

_*Principi comunitari e disciplina interna della concorrenza: l'abuso della posizione dominante in un'analisi per casi*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995;

G. REBUFFA _*Il sistema delle relazioni economiche nell'analisi della tradizione sociologica: diritto e mercato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983;

J. ROBINSON _ *The Economics of Imperfect Competition,* London, 1934;

G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1914;

G. ROSSI _ Diritto dell'ambiente, Torino, Giappichelli, 2008

_ *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in Il Diritto amministrativo, 2007, fasc. 3;

_ Diritto amministrativo, Milano, Giuffré, 2005;

_*Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. Amorosino, Milano, Giuffré, 1995;

F. ROVERSI MONACO _*Gli enti di gestione,* Milano, Giuffré, 1967;

A.M. SANDULLI _ *Le imprese pubbliche in Italia*, in «Studi per Liebman», Milano, 1979;

_ *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998;

G. SANTINI _*Commercio e servizi.Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988 ;

G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988;

E. Scotti, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, CEDAM, Padova, 2003;

F. SANTORO PASSARELLI _*Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

D. SORACE _*Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, «Dir. pub.», 2004, p. 1018 ss.;

_ *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, «Diritto pubblico», 1999;

B. SORDI _*Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale*, «Quaderni fiorentini», 2002;

J.E. STIGLITZ _*The Economic Role of State* (1989), traduz. it. Il *ruolo economico dello stato*, Il Mulino, Bologna,2002. 86 ss.

G.P. TAGARIELLO, *I monopoli di servizi di telecomunicazioni: cronaca di una fine annunciata,* In *Rass. giur. energia elettrica*, 2003;

G. TESAURO, Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n.2 del Trattato CE, in Il diritto dell'Unione Europea, 1996, p. 719 ss;

Diritto comunitario, Cedam, Padova, 2004.

M. TODINO _ L'Autorità e l'applicazione decentrata degli art. 81 e 82 del TCE, in Temi e problemi Autorità garante della concorrenza e del Mercato, Roma, 1997

L.TORCHIA _*Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006

A. TRAVI _*Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995;

I. VAN BAEL – J-F. BELLIS _*Competition Law of the European Community* (1994), trad. it. *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Giappichelli, Torino, 1995;

R. VAN DEN BERGH _*Introduzione: L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1993;

K. VAN MIERT _ *La mission d'interet economicque générale e l'article 86/2 du Traité dans la politique de la Commission*, 1997;

R. VILLATA _ *Pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 2003;

A. WEBER _*Il* diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea, in Riv. It. Diritto Pubblico Comunitario, 1992

G. ZANOBINI _ L'attività amministrativa e la legge, in Riv. trim. dir pubbl., 1924