Dottorato di Ricerca in Diritto Amministrativo _XX_ Ciclo

TESI DI DOTTORATO

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

Guida alla lettura.

La tesi affronta la complessa tematica dei diritti speciali ed esclusivi, diritti che seppur menzionati nell'art. 86 del Trattato CE e in numerosissimi atti di diritto derivato, non sono mai stati oggetto di un'analisi dottrinale e giurisprudenziale compiuta.

La prima parte del lavoro si incentra sul problema definitorio dei diritti in questione, dei quali, per lungo tempo, è mancata una definizione legale.

Solo agli inizi degli anni Novanta alcune direttive, soprattutto in materia di telecomunicazioni, hanno per prime provato a delinearla, ma con risultati, invero, insoddisfacenti. Sullo scarso approfondimento della materia ha pesato soprattutto la lettura uniformante dell'art. 86 del Trattato CE fornita dalla Commissione europea. 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.

Così essi sono stati definiti per la prima volta nella direttiva relativa alla concorrenza nel mercato dei servizi di telecomunicazione

come quei *«diritti concessi da uno Stato membro o da un'autorità pubblica ad uno o più organismi pubblici o privati mediante 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.

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 ha imposto un ripensamento dei diritti in parola, soprattutto su sollecitazione della Corte di giustizia, la quale – in una delle sue prime pronunce sul punto – ha colto l'occasione, da tempo invocata, di reclamare una soluzione al problema definitorio. In

conseguenza di tale intervento, la Commissione si è risolta finalmente ad enunciare, attraverso la direttiva sulle comunicazioni satellitari, 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»:*

- *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"*

Peraltro, nonostante le precisazioni e i chiarimenti contenuti nella direttiva comunitaria, ha continuato a permanere nella dottrina una

notevole incertezza sulla natura dei diritti speciali e di quelli esclusivi e sulle differenze al loro interno.

Di fronte a tali incertezze, la prima parte del lavoro in esame ha avuto quale obiettivo quello di ricostruire un percorso definitorio che, partendo da un' analisi delle principali tesi interpretative della dottrina, attraverso l'individuazione dei maggiori punti critici di esse, conducesse, con l'aiuto del diritto derivato, ad un superamento delle classificazioni proposte ed infine alla concreta individuazione di tali diritti nell'ambito delle normative nazionali.

Sono stati così ricostruiti 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, 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*).

Il secondo, 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 che invece attribuiscono alle imprese beneficiarie vantaggi legali o regolamentari che influiscono sulla

capacità di qualsiasi altra impresa di fornire un servizio o di effettuare la stessa attività in condizioni sostanzialmente equivalenti.

Le classificazioni proposte sono state quindi utilizzate per individuare in concreto i diritti in esame, a partire dalle principali pronunce della giurisprudenza comunitaria.

Più nel dettaglio si è constatato come la Corte di giustizia abbia offerto un'ampia esemplificazione dei diritti esclusivi (definiti come quei diritti riservati con un provvedimento d'autorità ad una sola impresa, nell'ambito di una determinata area geografica) 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 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 "broker" di scommesse ippiche, di importare o esportare energia elettrica ecc.

In considerazione di tali decisioni si è tratta una prima conclusione e cioè che 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 ha reso piuttosto difficile a chi scrive rinvenire ipotesi di diritti esclusivi nel diritto derivato. Da un esame più accurato i pochi casi che è stato possibile rintracciare sono stati esaminati nel dettaglio: tra essi 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.

Passando poi all'analisi dei diritti speciali (descritti dalla Commissione come quei diritti che, in base ad un provvedimento d'autorità, sono riservati ad un numero limitato di imprese in una determinata area geografica) si è giunti a constatare come – a differenza dei diritti esclusivi – essi non siano stati adeguatamente analizzati dalla giurisprudenza comunitaria, forse perché ritenuti sostanzialmente compatibili con il Trattato (purché giustificati alla luce del principio di proporzionalità) e quindi fonte ridotta di contenzioso tra Paesi membri e Commissione. Di essi è stato possibile, invece, trarre significativi esempi dal diritto derivato, specie in riferimento alla disciplina dell'accesso alle reti di servizio (ferrovie, elettricità, telecomunicazioni).

Ebbene, dalla casistica esaminata può dirsi emersa con sufficiente chiarezza la differenza che passa tra "i diritti esclusivi" e i "diritti speciali ad effetti esclusivi": entrambi infatti restringono l'accesso al mercato, ma i primi a vantaggio di un solo imprenditore mentre i secondi a vantaggio di più imprenditori, seppure in numero limitato. La differenza – ad avviso di chi scrive - non appare 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 implicazioni che ne derivano e delle quali si è dato conto in questo lavoro.

In particolare, nella seconda parte della ricerca, i diritti così individuati sono stati sottoposti a verifica di compatibilità rispetto alle regole del Trattato e i risultati di tale verifica messi a confronto con le posizioni assunte dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea.

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 del Trattato*». Detto insegnamento è stato fatto proprio dalla Commissione, la quale lo ha adottato in numerose direttive, ad esempio in materia di telecomunicazioni.

La circostanza assume particolare rilievo in considerazione del fatto che tali pronunce - mediante il combinato degli artt. 86 e 82 TCE hanno esteso il divieto di monopolio legale con effetti discriminatori (ex art. 31 TCE) dal settore delle merci a quello dei servizi.

Ma soprattutto, attraverso una giurisprudenza particolarmente invasiva, la Corte ha teorizzato l'abuso di posizione dominante anche solo in via presuntiva o implicita, ossia senza bisogno di specifici

comportamenti commissivi da parte delle imprese titolari di diritti esclusivi.

Sulla base di tale impostazione è stata 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 illegittime e quella delle imprese per i comportamenti illeciti, arrivando a sanzionare le prime anche separatamente o in assenza dei secondi.

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.

Per i diritti speciali invece il discorso è apparso diverso: infatti, restando salva la concorrenza, si è rilevato come 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.

Per quanto riguarda in particolare il primo punto, è stato affermato quale requisito di legittimità dei diritti speciali l'assoluta imparzialità del procedimento, principio 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*».

Da qui il duplice intervento della Commissione con norme sia inibitorie che prescrittive, che da una parte hanno imposto 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 poi di fatto in taluni casi si arriva anche a regolare il singolo procedimento o ad imporre gli stessi requisiti ai negozi privati di diritto pubblico,

determinando una commistione del giusto procedimento amministrativo con le regole di concorrenza.

Proprio la giurisprudenza comunitaria, al riguardo, ha affermato fin dall'inizio il principio in virtù del quale la mera esistenza o creazione di diritti speciali e/o esclusivi non sia di per sé contraria alle norme del TCE.

Peraltro, in prosieguo di tempo, essa si è spinta progressivamente verso forme di controllo sempre più stringenti.

In maniera ancora più incisiva, in alcuni atti normativi e decisioni della Commissione ed in alcune sentenze della Corte, la dichiarazione di illegittimità ha finito col 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 causino anche solo "effetti" paragonabili a quelli derivanti da una abuso di posizione dominante (cd. *teoria degli effetti*).

Sul punto occorre tenere presente che 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 Trattato se, in base ad una valutazione (che normalmente avviene) *ex ante*, inducono "necessariamente" o inevitabilmente" le imprese a tenere comportamenti anticoncorrenziali. Addirittura, secondo la Corte di giustizia, a prescindere da un riscontro concreto

dell'esistenza del comportamento da parte del giudice nazionale, e cioè anche in assenza di riscontro di un abuso effettivo.

In conclusione, dall'analisi condotta sugli atti di diritto derivato è emerso un approccio alla problematica che finisce col considerare i diritti speciali e quelli esclusivi (ciascuno nel proprio ambito) *in linea di principio*, contrari alle regole del mercato unico e della concorrenza e con l'avviarli ad un processo di progressiva erosione.

Pur considerando che la presunzione di illegalità può sempre venire a cadere se i privilegi in discorso debbano rivelarsi del tutto "neutri" nei confronti delle regole del TCE, tale approccio, adottato dalla Commissione e dalla Corte e condiviso da larga parte della dottrina, è apparso - ad avviso di chi scrive - alquanto inconsistente, perché privo di puntuali appigli normativi.

Ragioni di prudenza e di equilibrio nei riguardi di uno fra i più importanti strumenti che gli Stati membri utilizzano per fare politiche pubbliche, vale a dire la concessione di diritti speciali ed esclusivi, imporrebbero - ad avviso di chi scrive - una revisione di tale impostazione e, attraverso una rilettura articolata di tali diritti, una più attenta indicazione delle prerogative legittime degli Stati membri e di quelle che invece contrastino con le norme del Trattato.

Maria Elena Barone